J. rom. M.
49m

Bluntschli

Digitized by Google

Digitized by Google

J. rom. vol. 49 m

Entwicklung

der

Erbfolge

gegen den letzten Willen

nach Römiſchem Recht

mit beſonderer Rückſicht auf die

Novelle 115

von

J. C. Bluntſchli.

Umarbeitung einer von der Berliner Juriſtenfacultät gekrönten Preisſchrift.

Bonn 1829.
bei Adolph Marcus.

Digitized by Google

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Digitized by Google

Seinem

hochverehrten Lehrer und Freunde

Dr. F. L. Keller

Profeſſor der Rechte und Mitglied des Amtsgerichts
in Zürich,

dankbar gewidmet

vom Verfaſſer.

Digitized by Google

Digitized by Google

Vorrede.

Vor etwas mehr als anderthalb Jahren ſetzte die Juriſten-facultät der Friedrich-Wilhelms-Univerſität in Berlin die Preisaufgabe, das Verhältniß der Novelle 115 zum alten Recht der Uebergehung und Enterbung darzuſtellen: und die verſchiednen Anſichten der Schule bis auf unſere Zeiten zu entwickeln. Ich wagte mich damals an die ſchwierige Arbeit. Mein Verſuch war zwar etwas dürftig in mehren Hinſichten; beſonders kärglich war die Novelle ſelbſt bedacht, die nach der Stellung der Aufgabe den Mittelpunkt des Ganzen hätte bilden ſollen; und nicht beſſer war es mit dem literariſchen Theil. Die Kräfte waren von Anfang an noch ſchwach und unreif. Dennoch war einzelnes Gute vorhanden, und manche Keime des Beſſern waren den billigen Richtern nicht verborgen. Daher erkannten ſie meiner Abhandlung den Preis zu.

Nach Bonn gelangt, ging ich von neuem mit vermehrter Kraft und friſcher Luſt an die Arbeit, und ſo entſtand im Laufe des vorigen Winters dieſe Schrift, welche keines-

Digitized by Google

wegs eine bloße Ueberarbeitung der frühern iſt, ſondern eine weſentlich neue. Ich wählte dießmal die deutſche Sprache ſtatt der Lateiniſchen, aus mehren Gründen, die anzuführen ich für unnöthig halte, da ſchon die allgemeine Sitte ein ſolches Verfahren rechtfertigt.

Beſondere Aufmerkſamkeit habe ich dem Recht der Novelle gewidmet, obgleich ich nicht von ihr ausging. Grade bei dieſem Gegenſtande iſt eine hiſtoriſche Methode ganz unentbehrlich. Das neue Recht kann unmöglich richtig verſtanden werden, wenn man ſich nicht eine genaue Kenntniß des alten Rechts erworben hat, und zwar nicht blos wie es unmittelbar vor der Novelle gegolten hat, ſondern in ſeiner Entwicklung vom erſten Urſprung an. Das Folgende iſt nothwendig bedingt durch das Frühere. Als die Verhältniſſe, unter denen das Alte entſtanden war, ſich veränderten, und die Zeit neue Anſichten und neue Bedürfniſſe erzeugte, ward auch das Recht neu geſtaltet. Aber wie jene Verhältniſſe ſelbſt in einem innern Zuſammenhang ſtehn und ſich bedingen, ſo gilt das Nämliche von der Entwicklung des Rechts. Erſt wenn man dieſe fortſchreitende Bildung bis auf Juſtinians Zeiten hinunter begleitet, wird einem klar, was die Novelle Neues wollte, und was ſie wollen wußte. Deßhalb ging ich auch in meiner Darſtellung von dem älteſten Recht aus, verfolgte den Gang ſeiner Ausbildung, ſtellte die neuen Elemente, die nach und nach hinzu kamen, dar, und ſuchte zu zeigen, wie ſich der Geſichtspunkt immer mehr erweiterte, bis endlich das Beſondere ganz im Allgemeinen aufging. Dieſer Weg iſt für ſich ſchon ungemein intereſſant, da man die

Digitized by Google

bedeutendſte Strecke deſſelben in Geſellſchaft der großen klaſſiſchen Juriſten zurück legt. Aber auch die Novelle ſelbſt erhält dadurch im Einzelnen nicht weniger als im Allgemeinen erſt ihren wahren Inhalt und ihre Begründung. Ihre ſonſt undeutlichen Umriſſe treten dadurch beſtimmter hervor, die Lücken werden ausgefüllt, und Alles erhält Farbe Es bleibt indeſſen doch ſehr ſchwierig, das Recht der Novelle auch im Einzelnen richtig aufzufaſſen, und zu erkennen: und da mag dieß oder jenes noch zu verbeſſern oder zu ergänzen ſein. Wichtige Beiträge beſonders für dieſen Theil verdanke ich meinem hochverehrten Lehrer Herrn Profeſſor Haſſe. Durch ſeine gütigen Mittheilungen wurde manches Fehlende nachgeholt, manches Falſche oder Schiefe berichtigt.

Beſondere Schwierigkeiten hatte auch das fünfte dogmengeſchichtliche Buch, wodurch das vorige vierte weſentlich ergänzt wird. Beſonders intereſſant ſind die nachjuſtinianiſchen Rechtsurkunden über unſern Gegenſtand, welche noch vor den Gloſſatoren verfaßt wurden, indem ſie gerade Zeugniß von dem praktiſchen Zuſtande des Rechts geben. Sie hielt ich daher beſonderer Beachtung werth. Aber auch die Meinungen der Gloſſatoren und ſpätern Rechtsgelehrten bis auf unſre Zeit herab ſuchte ich möglichſt vollſtändig darzuſtellen. Dazu bedarf man aber einer großen juriſtiſchen Bibliothek, wie ich ſie hier nicht fand. Manches, nur leider nicht genug hatte ich ſchon in Berlin geſammelt, wobei mir vorzüglich die Güte meines großen Lehrers des Herrn Geh. O. R. R. von Savigny wohl zu Statten kam, der mir ſeine ungemein reichhaltige Bibliothek zu freiem Gebrauch

geöffnet hatte. Vieles andere habe ich indeß auch hier bekommen können, beſonders durch die hülfreiche Gefälligkeit des Herrn Profeſſor Puggé, wofür ich ihm meinen herzlichen Dank zu bezeugen ſchuldig bin. Man wird daher kaum Weſentliches vermiſſen, obgleich manches noch beigefügt werden könnte, deſſen Benutzung mir nicht zu Gebote ſtand.

Die ganze Abhandlung beſchäftigt ſich nur mit dem Römiſchen Recht, und betrifft ähnliche Deutſche Inſtitute gar nicht. Es lohnte ſich zwar wohl der Mühe, auch dieſe letztern in ihrem Zuſammenhang mit dem Deutſchen und Römiſchen Recht überhaupt einer neuen Unterſuchung zu unterwerfen. Dieß geſchah indeß hier noch nicht aus verſchiednen zumal ſubjectiven Gründen. Vielleicht werde ich ſpäter einmal Gelegenheit finden, auch dieſe Arbeit beſonders vorzunehmen. Zur Einheit des Ganzen aber iſt ſie auf keine Weiſe erforderlich.

Bonn im Mai 1829.

Digitized by Google

Ueberſicht des Inhalts.

Seite.
§. 1. Einleitung. 1

Erſtes Buch.

Nichtigkeitsſyſtem des Civilrechts und *jus adcrescendi*.

§. 2. Aelteſtes Recht im Allgemeinen. 10
§. 3. Erbeinſetzung und Enterbung der Söhne in der Gewalt. 15
§. 4. Einſetzung und Enterbung der übrigen Kinder in der Gewalt. 22
§. 5. Wirkung der Uebergehung a) bei den Söhnen, Inteſtaterbfolge. 27
§. 6. b) bei den übrigen Kindern, jus adcrescendi. . 36
§. 7. Das Recht der Afterkinder (postumi). . . 43

Zweites Buch.

Prätoriſche Erbfolge gegen das Teſtament. *Contra tabulas bonorum possessio.*

§. 8. Begriff derſelben. 60
§. 9. Perſonen, denen ſie zukommt. 66
§. 10. Erforderniſſe der Uebergehung. . . . 74
§. 11. Eröffnung und Weſen der c. t. b. p. . . 76
§. 12. Ihre Beziehung auf das vorliegende Teſtament. 87
§. 13. Verhältniß derſelben zum Civilrecht. . . 96
§. 14. Neues Geſetz Juſtinians. 115
§. 15. *Contra tabulas b. p. parentis manumissoris.* . 117

Drittes Buch.

Lehre vom pflichtwidrigen Teſtament.

Querela de inofficioso testamento.

Seite.

§. 16. Bedürfniß und Einführung dieſer neuen Klage. 129
§. 17. Perſonen, denen ſie zuſteht. 141
§. 18. Concurrenz derſelben und Ausnamen. . . 154
§. 19. Bedingungen des Klagerechts. . . . 157
§. 20. Insbeſondere vom Pflichttheil. . . . 161
§. 21. Natur der Klage ſelbſt. 172
§. 22. Wirkung der Klage. 191

Viertes Buch.

Juſtinianiſches Notherbenrecht.

Novelle 115.

§. 23. Ueberſicht des alten und Grundzüge des neuen Rechts. 205
§. 24. Gründe der Ausſchließung. 222
§. 25. Art der Nichtigkeit der Erbeinſetzung und Rechtsmittel. 234
§. 26. Verhältniß der Novelle zum alten Recht. . 245
§. 27. Pflichttheil und Verhältniß zur neuen Inteſtaterbfolge. 255
§. 28. Einzelne intereſſante Fälle. 261

Fünftes Buch.

Dogmengeſchichte.

§. 29. Rechtsurkunden vor den Gloſſatoren. . . 267
§. 30. Die Gloſſatoren. 282
§. 31. Die Scholaſtiker. 295
§. 32. Die neuern Rechtsgelehrten. 299

Digitized by Google

Einleitung.

§. 1.

Zwei Principien zeigen ſich, wie im Leben überhaupt, ſo auch ſehr anſchaulich im Leben des Römiſchen Rechts, das des Individuellen, Beſondern und das des Generellen, Allgemeinen. Jenes tritt in ſeiner Kraft und Ausbildung beſonders hervor im Jus Quiritium, dieſes beſeelt das Jus Gentium.

Das Recht der Quiriten, im weitern Sinne genommen, wurzelt tief im Weſen des Römiſchen Volkes. Mit dieſem wird es erzeugt, wächſt mit ihm kräftig auf, und bezwingt mit dieſem die Welt. So finden wir die Idee der Herrſchaft und Gewalt, welche im Römiſchen Staat überhaupt ſo mächtig wirkte, und Magiſtrate, Senat, Volk belebte, auch im Rechte wieder als ſehr weſentliches Element. Da

Digitized by Google

erſcheint ſie als Gewalt des Bürgers über Weib, Kinder, Sclaven, Schuldknechte.

Wie das Recht im Innern Roms urſprünglich geſpalten war in patriciſches und plebejiſches, wie beide ſich ohne Zweifel wieder theilten, wie alle dieſe Gegenſätze beſonders durch die XII Tafeln zur Einheit wurden, davon ſind nur noch ſehr wenige, halb verwiſchte Spuren übrig geblieben, deren Leitung man nur mit großer Vorſicht ſich vertrauen darf. Wie manches z. B., das ziemlich allgemein als patriciſches Recht angeſehen wird, dürfte wohl, wenigſtens von Anfang blos Sabiniſches ſein, gehört alſo nur einem Stamme der Patricier an, die im Uebrigen weſentlich mit den Plebeiern, denen ſie großen Theils urverwandt waren, daſſelbe Recht haben mußten? Wie dem auch ſein mag, das quiritiſche Recht erſtarkte zu einem ernſten und kräftigen Ganzen, das in ſich feſtverſchlungen ein ſicheres nationales Gepräge hatte. Seine Formen ſind im höchſten Grade ausgebildet und halten ſich wechſelſeitig zuſammen. Das Daſein jedes einzelnen Gliedes iſt durch das der übrigen bedingt. Alle zuſammen bilden den eigenthümlich ſchönen Körper, deſſen Geſtalt und Züge ſo deutlich den Geiſt des Römiſchen Volkes ſelbſt verkünden.

Aber Rom lebte nicht ſtill und genügſam für

Digitized by Google

ſich. Es ſollte die Welt ſich unterwerfen, und es erfüllte ſeine Beſtimmung, und zwar gewiß am größten und dauerndſten durch ſein Recht. Auſſer ihm lagen die Völker, jedes mit eigenem Recht und eigenen Sitten. Doch hatten ſich vorzugsweiſe Griechiſche Bildung, Sprache und Recht, beſonders ſeit dem Untergange des Perſiſchen Reiches, weit umher verbreitet über viele Länder und Völker. Aber Griechenlands Blüthe war längſt dahin; im Rechte hatte es kaum je geblüht. Dieſes hatte daher ſeinen individuellen Charakter großen Theils ſchon eingebüßt und war verallgemeinert, wenn man will, verflacht worden. Andere Völker waren mehr den Römern verwandt, und dem Einfluße ihrer Bildung mehr blos gegeben. Von vielen wiſſen wir leider nichts. Inwiefern die Römer, nachdem ſie dieſe Völker bezwungen, ihre verſchiedenen Rechte ſchützten, iſt noch nicht gehörig unterſucht. Daß aber allmählich im ganzen großen Weltreiche Römiſches Recht als gemeines Recht galt, iſt ſelbſt in ziemlich früher Zeit ſchon ſicher.

Die Römer erkannten gar wohl, mit ihrem hohen praktiſchen und politiſchen Sinn, wie ſehr Einheit des Rechts die Staaten verbinde. So wie ſie daher ihrer Sprache und Sitten überall allmählich Eingang zu verſchaffen ſuchten, ſo auch dem Recht, und

dieſem noch mehr als jenen. Denn es erſtreckte ſich auch über den Oſten. Abet ſie verſuchten es nicht plötzlich durch einen Gewaltbefehl von oben das geſammte beſtehende Recht einer Nation aufzuheben, und ſie unter das ihre zu zwängen. Noch unterwarfen ſie die Fremden überhaupt ihrem eigenthümlichen quiritiſchen Recht, deſſen Nationalität ſie ſich wohl bewußt, und auf deſſen alleinigen Beſitz ſie ſtolz waren. Sondern ſie verglichen dieſe Rechte mit einander, entkleideten ſie ihrer nationalen Tracht, ſchieden, ſo viel möglich, die Einzelnheiten aus, und hoben das Gemeinſame hervor. So bildeten ſie ihr Recht der Völker, Jus Gentium, deſſen Hauptbeſtandtheil gewiß Griechiſch war. Nach dieſem Rechte richteten ſie die Provinzen, welches denſelben keineswegs ganz fremd erſchien, da ſie ihren Rechtsſtoff im Allgemeinen darin wieder fanden. Je mehr freilich ihre Eigenthümlichkeit erloſch, je mehr ſie romaniſirt wurden, deſto mehr kam auch ihr altes Recht in Vergeſſenheit, deſto vollſtändiger und ausſchließender herrſchte dieſes in gewiſſem Sinne doch neue Recht.

So lag der Stoff vor des Jus Gentium. Aber noch fehlte die ſo unentbehrliche Form. Denn die unglückſelige Formloſigkeit, an der die neuere Zeit immer noch ſehr krankt, war dem Geiſte der Alten

überhaupt, auch unſrer Vorfahren, fremd. Die Form mußte werden und ſie ward. Doch um zu ſehen, wie? müßen wir nach Rom ſelbſt zurück kehren. Hier hatte ſich ſchon vieles von der alten Weiſe verloren, und manches, was früher des höchſten Ernſtes würdig war, lag jetzt dem Spotte der neuen Geſchlechter Preis gegeben. Der ſteigende Verkehr mit den Fremden, die eigene Entwicklung hatte neue Sitten und Bedürfniſſe hervorgebracht. Das Jus Gentium drang auch in Rom ein und verlangte für ſeine Grundſätze Anerkennung. Aber das alte civile Recht blieb unbeweglich feſt, und hielt in ſich zuſammen dem neuen Drang entgegen, mochte es auch in Manchem durch Geſetze und Juriſten modificirt werden.

Da trat der Prätor in die Mitte, und ſchützte das Recht der Völker durch ſeine Machtvollkommenheit. Er gab ihm in ſeinem Edict eine rechtliche Form, und bot ihm ſein reiches ächt römiſches Klageſyſtem zur Hülfe an: kurz er ſchützte es in und mit der Form des quiritiſchen Rechts. Denn auch dieſes erhielt bei ihm jede Anerkennung; ja er wagte das Jus Gentium bloß ſo aufrecht zu erhalten, daß er ihm die äußere Geſtalt des Jus civile zu verſchaffen ſuchte. Das ſtrenge Recht der Quiriten bildete formel den eigentlichen Kern des prätoriſchen Syſtems, welches das freiere Recht der Völker nur inſofern

zugleich umfaßte und handhabte, als es ſich dem erſten vergleichen ließ, ihm ähnlich war. Dennoch war das Letztere wieder recht eigentlich der Geiſt dieſes Syſtems, deſſen ja das Civilrecht nicht ſo bedurft hätte. So ſtanden ſich nun das Recht der Quiriten und das der Völker ſchon weniger feindſelig gegenüber, da dieſes die Geſtalt von jenem geborgt hatte, und beide wirkten gegenſeitig mächtig auf einander ein, das erſtere vorzüglich durch ſeine Form, das letztere mehr durch ſeine Grundſätze: wiewohl beides ſich nicht ſcharf trennen läßt. Trat aber das alte quiritiſche Recht dem neuen gemeinen ſehr entgegen, ſo wich der Prätor anfangs gleichſam mit ſcheuer Ehrfurcht vor dem daher ſchreitenden Bilde der gefeierten Vorfahren aus, bog ab von der graden Straße, und erreichte auf Neben- und Umwegen doch am Ende meiſtens ſein Ziel. Das Anſehn des Jus Gentium wuchs indeß von Tag zu Tag immer mehr, je mehr der eigentlich Römiſche Charakter ſich verlor, und von der Zeit verwiſcht wurde: und es erhielt endlich bei jedem Streite mit dem alten Rechte den Sieg.

So hatte es jetzt in Rom ſeine wahre Kraft, eine feſte Form bekommen; und mit den Römiſchen Waffen ausgerüſtet unterwarf es jetzt leicht und daurend die Provinzen. Als es keine Römer mehr gab und chriſtliche Kaiſer auf Griechiſchem Throne

Digitized by Google

das Reich regierten, da war auch das alte Recht der Quiriten großen Theils unter gegangen. Manchem ſchon längſt erſtorbenen Inſtitute der Vergangenheit läutete endlich Juſtinian zu Grabe. Das Jus Gentium aber herrſchte allgemein, nicht mehr durch Umſchweiſe, ſondern direkt, nicht mehr als prätoriſches, ſondern als neues, civiles Recht; denn die Kaiſer verſahen es mit geſetzlicher Sanction. Mit Fug aber heißt dasſelbe Römiſches Recht: denn es ward von Römern ſo ausgebildet, es beſaß Römiſche Form und hatte einen großen Theil des Quiritiſchen Rechtsſtoffes mit jener in ſich aufgenommen: kurz es konnte nur in Rom ſich ſo geſtalten.

Dieſe Entwicklung des Römiſchen Rechts läßt ſich ganz beſonders auch in der Geſchichte des Erbrechts deutlich erkennen, und ſo namentlich in dem Theil desſelben, welcher den Gegenſtand der folgenden Abhandlung ausmacht, der Erbfolge gegen das Teſtament, oder richtiger: gegen den letzten Willen. Der Begriff derſelben läßt ſich mit wenig Worten deutlich machen. Entweder hatte nämlich ein Verſtorbener über den Nachlaß in einem vom Recht anerkannten Teſtament verfügt, und ſich ſelbſt ſeine Repräſentanten nach dem Tode erwählt, oder er hatte es nicht gethan. In jenem Fall ging die Erbfolge ſeinem Teſtamente gemäß vor ſich.

In dieſem rief das Geſetz die Familie zur Succeſſion.

Nun ſollte aber die Familie geſchützt werden, bis auf einen gewiſſen Punkt gegen die Willführ des Erblaſſers. Er ſollte ſie nicht leichtſinnig von der ganzen Erbſchaft ausſchließen dürfen. Die Familie erhielt daher ein Erbrecht wider ſeinen letzten Willen. Dieſer Zweck ward indeß auf verſchiedene Weiſe zu erreichen geſucht. Das Civilrecht ſchlug einen andern Weg ein, als das prätoriſche. Wir müſſen alſo vor allem dieſe beiden Syſteme ſorgfältig trennen.

Beide aber füllten eine ſehr beträchtliche Lücke nicht aus. Der Prätor hatte zwar auch hier das Jus Gentium ſehr beachtet, aber er ſchloß ſich auf der andern Seite wieder zu nahe an Formen des Civilrechts an, als daß er jenem ganz hätte willfahren können. Deßhalb halfen die Juriſten durch den Schutz ihrer Lehre, und gewährten der Stimme des Volks und der Zeit Anerkennung.

Endlich vereinigte Juſtinian durch ſeine Geſetzgebung weiſe die noch ſtreitenden Syſteme, und verſchaffte dem Jus Gentium das entſchiedendſte Uebergewicht. Daraus ergibt ſich die Eintheilung dieſer Abhandlung von ſelbſt in 4 Bücher. Im erſten wird das civile Nichtigkeitsſyſtem, im zweiten die

Digitized by Google

prätoriſche Erbfolge gegen das Teſtament, im dritten die Lehre vom pflichtwidrigen Teſtamente, im vierten das Juſtinianiſche Notherbenrecht dargeſtellt werden. In einem fünften und letzten Buche ſollen endlich noch die Anſichten der neuern Juriſten über dieſes ſehr beſtrittene Recht Juſtinians kurz angegeben und geprüft werden.

Digitized by Google

Erſtes Buch.

Nichtigkeitsſyſtem des Civilrechts und Jus adcrescendi.

§. 2.

Zur Zeit der XII. Tafeln wußte man von einer Erbfolge gegen ein Teſtament noch nichts. Entweder hatte nämlich der Römiſche Bürger ſeinen letzten Willen feierlich erklärt, mochte er dieſen der Verſammlung der Geſchlechter, oder dem zur Schlacht gerüſteten Heere, oder endlich durch die Form des Erzes und der Wage kund gethan haben; dann hatte derſelbe volle unumſtößliche Gültigkeit. Oder der Verſtorbene hatte nicht über ſeinen Nachlaß verfügt: dann theilte ſich ſeine Familie in die Erbſchaft. Jener letzte Wille war aber durchaus nicht auf gewiſſe Perſonen beſchränkt. Der Erblaſſer konnte willkührlich ſein Vermögen zuwenden, wem er wollte. So durfte er namentlich nach Belieben ſeine Kinder, ſeine ſämmtlichen Verwandten von dem ganzen Erbe ausſchließen,

Digitized by Google

ohne daß ſeine Verfügung deßhalb von dieſen angefochten werden konnte. Uti legassit, heißt es in den XII Tafeln, ita jus esto [1]). Der ernannte Erbe trat ein in die Rechte des Verſtorbenen, auch wenn er dieſem gar nicht anverwandt war, und die Familie ging leer aus. Von einer Ausname, die indeß kaum ſchon um dieſe Zeit ſtatt fand, wird weiter unten die Rede ſein.

Dieſe ſo unbeſchränkte Teſtirfreiheit hatte für die alte gute Zeit der Römer gewiß nichts Hartes. Denn wie ſehr ſelten mochte es vorkommen, daß jemand die mit ihm ſo enge verbundene Familie nicht bedachte, und einen Fremden zum Erben ernannte? Später aber ſcheint das Gefährliche jenes Grundſatzes für die Familie mehr hervorgetreten zu ſein, indem vielleicht manche, mit Uebergehung ihrer Kinder, einen vornehmen und mächtigen Parteimann, oder einen Lieblingsſclaven oder Freigelaſſenen durch Erbeinſetzung zu gewinnen ſtrebten.

Daher ſuchten die Römiſchen Juriſten, dieſe Unbilligkeit zu zügeln. Den Grundſatz der XII Tafeln freilich, der die völlige Freiheit des letzten Willens ausſprach, konnten ſie nicht umſtoßen, noch irgendwie weſentlich beſchränken. Aber ſie waren darauf

1) Ulp. XI. 14. Gaj. II. 224. L. 120. de V. S.

Digitized by Google

bedacht, ihn äußerlich und formel beſtimmtern Regeln zu unterwerfen, die ſie aber auch nicht willkührlich erſannen, ſondern gewiß auf die Anſicht der Zeit und manche vorgekommene Beiſpiele gründeten.

Die Söhne in der Gewalt, ſagten ſie, bekommen durch den Tod ihres Vaters kein neues, ihnen fremdes Vermögen, ſondern gewiſſer Maaßen nur ihr eigenes, deſſen Verwaltung ihnen bei Lebzeiten des Vaters entzogen war, weil dieſer ſie ſelbſt ſammt dem Vermögen in ſeiner Gewalt hatte. Durch den Tod hört dieſe Gewalt auf, und nichts iſt natürlicher, als daß die Söhne mit der perſönlichen Unabhängigkeit auch die freie Herrſchaft über ihr Vermögen erhalten, welches eben bis dahin auch das väterliche geweſen war. Darum ſind ſie auch nothwendig und unvermeidlich Erben des Vaters, ſobald er kein Teſtament gemacht hat [2]). Geſetzt aber er verfüge wirklich durch

---

2) L. 11. de liberis et post. (Paulus) "In suis heredibus „evidentius apparet, continuationem dominii eo rem „perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse: quasi „olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quo„dammodo domini existimantur - - itaque post mor„tem patris non hereditatem percipere videntur, sed „magis liberam bonorum administrationem consequun„tur: hac ex causa, licet non sint heredes instituti, „domini sunt: nec obstat, quod licet eos exheredare, „quod et occidere licebat.„ Cic.: in Verr. I. 44.

Teſtament über ſeinen Nachlaß, ſo wird er ſie natürlich in den meiſten Fällen zu Erben einſetzen: aber es ſteht ihm auch frei, ſie zu enterben, nur muß er dieſes beſtimmt und deutlich ausſprechen. Stillſchweigend übergehen darf er dieſe durch Natur und Recht ſo innig mit ihm verbundenen Perſonen nicht. Wie kann, wird angenommen, ein Vater fremde Leute zu ſeinen Erben ernennen, und ſeiner eignen Kinder gar keine Erwähnung thun im Teſtamente? Läßt ein ſolches Stillſchweigen nicht darauf ſchließen, daß er im größten Irrthume befangen geweſen ſei, als ob er keine Kinder habe, oder daß er ſie aus irgend einem Grunde vergeſſen habe? Hätte er an ſeine Kinder gedacht, ſo hätte er ſeinen letzten Willen ganz anders abgefaßt, und dieſe zu Erben eingeſetzt. Denn aus dem bloßen Nichterwähnen läßt ſich keineswegs bei ſo nahen Verwandten auf die Abſicht, ſie zu enterben, ſchließen. Kurz das Teſtament enthält nicht den wahren Willen des Erblaſſers, da es die natürlichſten Beſtimmungen ganz vergißt, und iſt daher ungültig. So entſtand ſchon in Ciceros Zeiten die Regel: der Vater kann ſeine Kinder in der Gewalt

„Quibuscum vivi bona nostra partimur, iis praetor „adimere, nobis mortuis, bona fortunasque poterit? Vg. Gaj: II. 157.

zu Erben einſetzen, oder enterben, nicht aber ſtill-ſchweigend übergehn.

Man ſage nicht, die Römiſchen Juriſten haben bloß eine unnütze Form hinzuerfunden, der Sache ſelbſt aber in nichts geholfen. Denn ſo wurde nicht bloß für die Fälle geſorgt, wo ein Vater wirklich ſeinen z. B. ins Feld gezognen Sohn fälſchlich tod glaubte, ſondern es iſt immer noch ein ziemlicher Schritt vom bloßen Uebergehen zum beſtimmten Ausſprechen der Enterbung, wobei ſich der Teſtator die Sache noch wohl einmahl recht überlegen kann: zumal wenn man an die früher gewöhnlichen mündlichen Teſtamente und die Gegenwart der ſieben Römiſchen Bürger oder gar des Volkes denkt, das unnatürliche Härte gewiß verabſcheute. Endlich war die Form der Enterbung ſo vielfach beſchränkt, daß ſie leicht bei der geringſten Verletzung derſelben für ungültig erklärt werden konnte.

Jene Regel ſoll nun im Einzelnen erörtert werden. Sie führt uns daher auf die drei Fragen: Was für Perſonen muß der Vater entweder einſetzen oder enterben? Wie muß dieſes geſchehen, daß kein Uebergehen derſelben angenommen wird? Welches ſind

3) Ueber den häufigen Gebrauch mündlicher Teſtamente vg. auch Sueton. Calig. 38.

die Folgen eines ſtillſchweigenden Uebergehens? Die beiden erſten werden ſich indeß füglich zuſammen behandeln laſſen.

§. 3.

Im Allgemeinen ſind es die sui heredes, von denen jene Regel gilt, d. h. die Kinder, welche unmittelbar in der väterlichen Gewalt des Erblaſſers ſtehen. Doch iſt hier sui in einem engern Sinne gebraucht, im Gegenſatz der postumi, mit denen es eine ganz andere Bewandniß hat, und bezieht ſich auf den Zeitpunkt der Errichtung des Teſtamentes.

Unter dieſen Kindern haben nun vorzugsweiſe die Söhne ein beſonderes Recht, weßhalb wir ſie von den übrigen Kindern in der Gewalt wohl trennen müſſen. Es iſt übrigens gleichgültig, ob ſie auf natürlichem oder künſtlichem Wege, z. B. durch Adoption in die Gewalt des Vaters gekommen ſind. Die Söhne ſollen nun entweder zu Erben eingeſetzt oder enterbt werden. Die Erbeinſetzung unterliegt im Allgemeinen den gewöhnlichen Beſtimmungen, und nur wenige ſpecielle treten neu hinzu. Vor allem iſt nicht zu denken an einen beſtimmten Pflichttheil, auf den der Sohn mindeſtens angewieſen werden müßte. Setzt der Vater ihn auch nur auf einen Hun-

derttheil ſeines Vermögens ein, ſo iſt dieß eben ſo gültig, und wirkſam, wie wenn er ihn zum Geſammterben ernannt hätte [4]). Dagegen muß die Einſetzung direkt geſchehen und darf nicht etwa durch ein Fideicommiß vermittelt werden: was ſich eigentlich von ſelbſt verſteht, da der fideicommissarius heres kein wahrer Erbe iſt, im Sinne des alten ſtrengen Rechts [5]).

Das Wichtigſte aber iſt, daß ihr keine Bedingung beigefügt werden darf, deren Erfüllung nicht in der Macht des Sohnes ſteht. Denn in dieſem Fall iſt ja die Einſetzung deſſelben ganz unſicher, was dem Weſen unſerer Regel, die beſtimmte Einſetzung oder Enterbung fordert, widerſpricht. Doch kann der Vater jene Ungewißheit vermeiden, indem er zugleich den Sohn auf den Ausfall der Bedingung hin enterbt: ſo nämlich iſt ſein Wille vollkommen deutlich erklärt. Wenn er z. B. ſagt; Mein Sohn Gajus ſei Erbe, wenn Titius zur Zeit meines Todes verheirathet ſein wird; im umgekehrten Fall ſei Gajus enterbt — ſo iſt dieß gültig. Wäre dagegen die Enterbung nicht hinzu gefügt, ſo wüßte man, wenn z. B. Titius noch unverheirathet wäre, nicht, was dann der Teſtator

4) Vg. L. 8. §. 14. de bon. poss. contra tab.

5) L. 27. §. 12. ad SCtum Trebell. Vg. c. 36 §. 1. C. de inoff. test.

Digitized by Google

gewollt hätte in Betreff ſeines Sohnes, und die Abſicht, dieſen auszuſchließen, darf ihm im Zweifel nicht untergeſchoben werden. — Hängt hingegen die Erfüllung einer ſolchen Bedingung von der Willkühr des Sohnes ab, was man Poteſtativbedingung nennt, ſo kann ſie völlig wirkſam mit der Einſetzung verbunden werden. Denn wenn der Sohn nicht erfüllt, ſo zeigt er dadurch, daß er die Erbſchaft nicht haben wolle; der Wille des Vaters aber iſt durchaus deutlich, und von Uebergehen des Sohnes kann keine Rede ſein, wo Erwerb ſowohl als Ausſchlag der Erbſchaft in die Hände deſſelben gelegt ſind [6]).

Bedeutender ſind die formellen Beſchränkungen, an welche eine wirkſame Enterbung, die den Juriſten überhaupt verhaßt war, geknüpft iſt.

Dieſe muß nämlich nominatim geſchehen, d. h. mit genauer individueller Bezeichnung des Enterbten, ſo daß gar kein Zweifel darüber mög-

---

6) c. 4. C. de instit. et subst. (Imp. Alexander) »Si pa»ter filium, quem in potestate habebat, sub conditione, »quae in ipsius potestate non erat, heredem scripsit, »nec in defectum ejus exheredavit, jure testatus non »videtur.« L. 83. de cond. et demonst. L. 28 pr. de lib. et post. L. 4. L. 6. pr. L. 86. de her. inst. L. 20. §. 4. de bon. libert. L. 1. §. 8. de suis et legit. L. 15. L. 28. de condit. instit. Theoph. ad pr. I. de exher: lib.

lich iſt, ob ein Sohn und welcher exheredirt ſei 7). Daß der Name des Enterbten beigefügt werde, wie manche Neueren aus jenem nominatim folgern wollen, iſt keineswegs nothwendig, obgleich dieß der gewöhnlichſte Fall ſein wird. Wenn ich ſage: Mein Sohn iſt enterbt, und ich nur einen habe, oder: Der Sohn der Seja ſei enterbt, und dieſer mein einziger Sohn iſt, ſo iſt dieß eben ſo gültig, wie die Formel: Mein Sohn Titius ſei enterbt 8). Führt der Vater zugleich einen Grund an, warum er den Sohn enterbe, und iſt dieſer falſch, ſo hat auch die Enterbung

---

7) Gaj. II. 123. 127. Ulp. XXII. 14. 20.

8) Servius ad. Virg. Aen. IV. 674. Gaj.: II. 127. L. 1. L. 3. pr. de lib. et postumis. L. 3. §. 5. de injust. rupt c. 4. C. de lib. praet. Theoph. ad pr. I. de exhered. — L. 2. de liber. et post. (Ulp.) »Nominatim exheredatus filius et ita videtur: Filius meus exheres esto, »si nec nomen ejus expressum sit, si modo unicus »sit: nam si plures sunt filii, benigna interpretatio»ne potius a plerisque respondetur, nullum exhere»datum esse.« Die in den letzten Worten angedeutete abweichende Anſicht anderer Juriſten bezieht ſich gewiß bloß auf den Fall, wo ſich ſonſt, nur nicht aus dieſen Worten, leicht ermitteln ließ, welcher Sohn gemeint ſei. Darüber, daß er überhaupt ſicher bezeichnet werden müſſe, waren alle einig. Nach Ulpians und der meiſten übrigen Meinung ſoll dieß aber durch den Ausdruck der Enterbung ſelbſt geſchehen. Vg. im Allg. *Cujac.* Commen. ad. L. 1. 2. D. de lib. et post.

Digitized by Google

keine Wirkung, da ſie aus Irrthum entſtanden iſt. Auch hier wird dieß zu Gunſten des Sohnes ſo ausgelegt, ganz anders als bei der Erbeinſetzung, wo bekanntlich eine falſche beigefügte Urſache nichts ſchadet 9).

Juſtinian hat uns die hiſtoriſche Notiz überliefert 10), daß man den Sohn vor Zeiten nicht blos nominatim, ſondern auch inter ceteros d. h. in einer allgemeinen Formel, ohne individuelle Bezeichnung, enterben konnte. Ich möchte dieſe Nachricht, wie ſie gewöhnlich und wohl von Juſtinian ſelbſt verſtanden wird, bezweifeln, obgleich dieß eigentlich nicht undenkbar wäre, und ſie eher auf die Zeit beziehen, wo nicht allein jede Exheredation, ſondern auch jede Präterition vollkommen gültig war. Denn zu Ciceros Zeit war die Unzuläſſigkeit der letztern noch nicht ganz außer Zweifel geſetzt, und doch ſchon damals das Requiſit des nominatim der Enterbung beigeordnet 11).

---

9) L. 14. §. 2. de lib. et post. (Afric.) »Si quis ita scripserit: Ille, quem scio ex me natum non esse, exheres esto: hanc exheredationem ita *nullius momenti* esse ait, si *probetur* ex eo natus.« L. 15. eod. L. 1. §. 9. de Carbon. Edicto.

10) c. 4. C. de lib. praet. »Scimus etenim *antea* simili modo, et filium et filiam, et alios omnes *inter ceteros* exheredatos scribere esse concessum.

11) Cic. de Orat. I. 38. »Nempe in ea causa *quaesitum* est *de iure civili*, possetne paternorum bonorum exhe-

Dieſe damalige Stellung unſrer Lehre beweiſt übrigens ſehr klar, wie ſie durch die Juriſten erſt nach und nach gebildet wurde. Ferner muß die Enterbung, um aufrecht erhalten zu werden, rein, pure gemacht, d. h. ſie darf an keine Bedingung geknüpft ſein. Der Vater ſoll ein beſtimmtes Urtheil haben, und ſich entſchieden ausdrücken [12]. Eine Ausname, die

---

res esse filius, quem pater testamento *neque heredem neque exheredem* scripsisset *nominatim.* Vg. Val. Max. VII. 7. 1. und beſonders Cic. de Orat. I. 57., wo die Vertheidiger des Teſtaments ſich auf die XII Tafeln zu ſtützen ſcheinen. Vg. Schulting ad Ulp. XXII. 14. (Ius civ. A. I. p. 368.) und des nämlichen Commentat. academ. Vol. I. p. 276. A. W. Förſter glaubt, der Streit drehe ſich bei Cicero blos um die Frage, ob auch eine nicht namentlich gemachte Enterbung, wenn ſie nur allgemein, inter ceteros, ausgeſprochen ſei, genüge oder nicht. Allein dann hätte ſich theils Cicero ſehr ungenau und undeutlich ausgedrückt: theils enterbte der Vater ſeinen Sohn hier nicht inter ceteros, ſondern überging ihn wirklich, eben weil er glaubte, derſelbe ſei im Felde umgekommen. Siehe Förſters treffliche Schrift: De bonorum possessione liberorum praeteritorum contra tabulas parentum dissertatio. Vratisl. 1823. §. 25. 26. — L. 25. pr. de lib. et post. wird mit Unrecht hieher gezogen; denn es iſt nur ſcheinbar eine inter ceteros exheredatio, weil ein einziger Sohn vorhanden iſt.

12) L. 3. §. 1. de lib. et post. L. 18. pr. de. bon. poss. c. t. Ueber die nähere Ausführung im Einzelnen vg. Förſters Bon. poss. Cap. I. §§. 15. — 19.

Digitized by Google

ſich ſehr leicht erklären läßt, wurde oben ſchon erwähnt 13).

Endlich darf ſich die Enterbung nicht auf einen einzelnen Theil, eine beſtimmte Quote der Erbſchaft beziehn, ſondern muß den ganzen Nachlaß betreffen. Sind daher mehre Erben eingeſetzt, ſo muß der Sohn in Bezug auf alle dieſe enterbt werden 14). Ganz anders verhält es ſich dagegen mit den Graden. und mit Unrecht wird gewöhnlich die Regel aufgeſtellt: der Sohn müſſe, damit die Enterbung gültig ſei, von allen Graden ausgeſchloſſen werden. Daß dieß nicht ſo ſei, wird ſich unten zeigen. Was zu dieſem Irrthum aber verleitete, iſt die ähnliche Art, nach welcher der Wille des Erblaſſers in Rückſicht auf mehre Erben und mehre Grade ausgelegt wird. Dahin gehört z. B. die Regel, daß eine gleich im Anfang des Teſtamentes ausgeſprochne Enterbung ſich auf alle Erben und alle Grade beziehe 15).

---

13) S. 17. not. 6.

14) L. 3. §. 2. de lib. et post. (Ulp.) — »nisi forte ab »unius persona eum testator exheredaverit; nam, si »hoc fecit, vitiosa erit exheredatio:« L. 19. eod. L. 68. fin. de hered. instit.

15) L. 3. §. 3. de lib. et post. »Ante heredis institutionem »exheredatus, ab omnibus gradibus summotus est.« L. 3. §. 4. 5. 6. eod. L. 1. pr. de hered. inst. L. 3. §. 2. de ini. rupt. c. 1. C. de lib. praet.

§. 4.

Weniger begünſtigt als die Söhne ſind die übrigen Kinder in der Gewalt. Einen ähnlichen Unterſchied finden wir auch in andern Verhältniſſen beobachtet, z. B. in der Form der Emancipation. Wie alt er aber in unſrer Lehre ſei, läßt ſich nicht ermitteln, eben ſo wenig als die Frage, ob er bloß durch Gewohnheitsrecht und die Lehre der Juriſten oder aber durch irgend ein Geſetz entſtanden und ſo ausgebildet worden ſei.

Zu dieſen Kindern werden übrigens nicht allein die ächten Töchter, Enkel, Enkelinnen u. ſ. w. gezählt, ſondern auch alle, welche durch Adoption an deren Statt getreten ſind [16]. Ferner gehört dahin die Frau, welche in der ſtrengen Ehe, der Kindſchaft [17] ihres Mannes lebt, da ſie juriſtiſch als Tochter deſſelben betrachtet wird, die Sohnsfrau, wenn ihr Mann nicht aus der Gewalt des Vaters entlaſſen (emancipirt) wurde, indem ſie einer Enkelinn deſſelben gleich ſteht [18].

Auch alle dieſe Perſonen nun dürfen nicht prä-

---

16) Gai. II. 124. pr. I. de exher. liber.

17) Niebuhr Röm. Geſch. Bd. I. S. 257. 3te Aufl.

18) Ulp. XXII 14.

terirt, ſondern müſſen entweder zu Erben eingeſetzt oder enterbt werden. Dieß ſcheint in offenbarem Widerſpruch zu ſtehn mit der lex Voconia, welche die Erbeinſetzung einer Frau, die Tochter ſelbſt nicht ausgenommen, verbot. Doch läßt ſich dieſe Schwierigkeit durch die Annahme heben, das Verbot habe nur diejenigen Frauen betroffen, welche am Vermögen des Teſtators gerade kein Inteſtaterbrecht gehabt hätten, unter welche die Töchter in vielen Fällen auch gehörten [19]. Haſſe hat indeß in ſeinen neuſten Unterſuchungen über dieſen Gegenſtand gezeigt, daß eine ſolche Annahme höchſt zweifelhaft und unwahrſcheinlich ſei, und daß die Sache, im praktiſchen Effecte betrachtet, bei weitem nicht ſo ſchlimm ſei, als ſie anfangs ausſehe, wenn man auch die lex Voconia auf die Töchter in der Gewalt ausdehnt. Für dieſe heißt alſo das Gebot: ſie ſollen ausdrücklich enterbt werden, oder das Präteritionsrecht tritt ein; denn die Einſetzung war ungültig. Wollte daher ein Vater ſeiner Tochter einen Theil ſeines Vermögens hinterlaſſen, und dennoch ein Teſtament errichten, ſo

19) Vg. beſond. v. Savigny über die lex Voconia in den Abhandlungen der Berl. Akad. v. J. 1820. Hiſt. phil. Kl. S. 209—238. Hugo Rechtsgeſch. 10te Aufl. S. 360. Cic. de Rep. III. 10.

konnte er dieſen Zweck auf verſchiedene Weiſe erreichen. Entweder er enterbte ſie und vermachte ihr ein großes Legat, oder er überging ſie, wobei das Ius adcrescendi helfend eintrat. Dieſes trug gerade dazu bei, den Widerſpruch der geſetzlichen Erbfolge mit der lex Voconia, indem jene die Tochter nothwendig zur Erbſchaft rief, dieſe ſie ausſchloß, zu vermitteln. Es führte nämlich auf Umwegen die Tochter zur Erbfolge, und die Conſequenz der lex Voconia war gerettet [20].

Was die Erbeinſetzung betrifft, ſo war deren Gültigkeit nicht ſo beſchränkt, wie bei den Söhnen. So iſt es ganz gleichgültig, von welchen Bedingungen ſie abhängig gemacht werde, ob dieſe von dem eingeſetzten Enkel z. B. erfüllt werden könne oder nicht [21].

Auch die Enterbung braucht eben nicht nominatim ſondern kann auch inter ceteros geſchehen, d. h. durch eine allgemeine Formel, in der man alle diejenigen Perſonen zuſammenfaßt, die man zu enterben gedenkt, und die doch nicht ſtillſchweigend über-

---

20) Haſſe zur lex Voconia im Rhein. Muſ. Bd. III. S. 183 ff. §. 15.

21) L. 4. pr. L. 6. §. 1. de hered. inst. (Ulp.) „*Nepotes* autem «et deinceps ceteri, qui ex lege Velleia instituti non »rumpunt testamenta, *sub omni conditione* institui »possunt, *etsi redigentur ad filii conditionem.*« L. 1. §. 8 de suis et legit.

gangen werden dürfen. Sie lautet gewöhnlich: Ceteri exheredes sunto, alle übrigen ſeien enterbt 22). Der Unterſchied zwiſchen dieſer Art der Enterbung und der Präterition zeigt ſich namentlich darin, daß der Wille des Erblaſſers, einen ſo nahen Verwandten von dem Nachlaß auszuſchließen, in jenem Fall zwar nicht ſpeciel, wohl aber im Allgemeinen formel und beſtimmt ausgeſprochen wird, in dieſem Fall dagegen erſt noch vermuthet und geſchloſſen werden muß. Dieſes letztere aber ſoll eben nicht möglich ſein zum Nachtheil des Enkels. Grade weil eine gültige Enterbung nur ungern von den Juriſten anerkannt wird, und ſie dieſelbe nie durch Auslegung begünſtigen 23), ſo wird es auch ſehr wahrſcheinlich, daß ſie auch bei dieſen Perſonen im Uebrigen ganz an die nämlichen Bedingungen geknüpft ſei, die wir oben bei den Söhnen angetroffen haben. Mit Gewißheit läßt ſich indeß nichts behaupten, da uns alle Nachrichten darüber mangeln.

Auf dieſe Perſonen nun war jenes Verbot der ſtillſchweigenden Uebergehung im Teſtament beſchränkt, und ſelbſt bei dieſen iſt noch einer Ausname zu er-

---

22) Ulp. XXII. 20. Theoph. ad. pr. I. de exhered.

23) L. 19. de lib. et post. (Paul.) — »aliamque causam esse »institutionis, quae benigne acciperetur; *exheredationes autem non essent adiuvandae.*«

wähnen. Den Soldaten nämlich, die überhaupt im Erbrecht außerordentlich begünſtigt wurden, war es geſtattet ſelbſt ihre Söhne zu präteriren [24]). Nach einem Edict des Kaiſers Auguſtus durften ſie ſogar überhaupt nicht enterbt werden von ihrem Vater. Dieſes Recht wurde aber ſpäter wieder aufgehoben, und ſie in dieſer Beziehung den übrigen Kindern in der Gewalt gleich geſtellt [25]).

Gar keine Anſprüche auf ein ſolches Bedenken im Teſtament hatten außer allen bloßen Agnaten auch die Söhne, welche aus der väterlichen Gewalt entlaſſen waren, durch Emancipation oder Adoption oder irgend eine capitis diminutio überhaupt. Denn durch dieſe wurde der civile Nexus der Familiengewalt und ſonach jedes engere rechtliche Verhältniß zwiſchen Vater und Sohn zerſtört. Eben ſo wenig mußte aber auch die Mutter in ihrem Teſtament auf ihre Kinder Rückſicht nehmen; dieſe hatten ja nicht einmal ein Inteſtaterbrecht an dem Vermögen derſelben, und ſtanden überhaupt in gar keiner civilen Verwandtſchaft mit ihr. Denn die Mutter hatte keine Gewalt über die Kinder, folglich auch keine sui. Nur wenn ſie in der

---

24) Lex Rom. Burgund. 45. (bei Schult. 44) §. 6. I. de exhered. liber.

25) L. 26. de lib. et post.

Digitized by Google

ſtrengen Ehe (manus) lebte, und als Tochter in der Gewalt ihres Mannes ſtand, war auch ein gegenſeitiges Erbrecht zwiſchen ihr und ihren Kindern denkbar. Dieſe beerbten ſie als ihre Schweſter; ſie ihre Kinder als Brüder und Schweſtern. Seitenverwandte haben kein Recht auf ein ſolches Bedenken im Teſtament, ſondern bloß die Kinder in der Gewalt. Folglich war ſelbſt in dieſem Falle weder die Mutter genöthigt, ihre Kinder entweder einzuſetzen oder zu enterben, noch umgekehrt die Kinder, der Mutter in ihrem Teſtament zu erwähnen: ſo wie überhaupt Deſcendenten nie auf ihre Aſcendenten Rückſicht nehmen mußten, und nie von dieſen beerbt wurden, wenn ſie ohne Teſtament verſtarben.

§. 5.

Was iſt nun die Wirkung einer ſolchen Präterition, ſie mag nun in einer völligen Nichterwähnung oder einer ungültigen Einſetzung oder unſtatthaften Enterbung beſtehen? Auch hier müſſen wir wieder den Sohn von den übrigen Kindern trennen; denn gerade in den Folgen einer ſolchen Uebergehung zeigt ſich der Unterſchied ſehr bedeutend.

Iſt der Sohn übergangen, ſo iſt das ganze Teſtament nichtig, es hört nicht bloß auf zu ſein, ſondern exiſtirt von Anfang an nicht. Obgleich ein ge-

Digitized by Google

ſchriebnes Teſtament vorgezeigt wird, juriſtiſch iſt es kein Teſtament. Unmittelbar und nothwendig tritt die Inteſtaterbfolge ein; gerade wie wenn in einer letzten Verfügung kein Erbe eingeſetzt worden iſt, die eben darum auch kein Teſtament ſein kann.

Freilich war ſelbſt in Gajus Zeit dieſe Anſicht zum Theil noch beſtritten. Die Proculeianer nämlich behaupteten, wahrſcheinlich durch ein Gefühl der Billigkeit geleitet, welches nachher auch den Prätor zu ſeinen Beſtimmungen bewog, aber gewiß weniger ſtreng conſequent: man müſſe nicht blos auf die Zeit der Errichtung des Teſtaments ſehn, ſondern auch auf die Zeit des Todes des Teſtators. Erſt dann werde es vollkommen und unwiderruflich ungültig, wenn der präterirte Sohn den Vater überlebe. Sterbe er aber vor dieſem, ſo hindere nichts die geſchriebnen Erben, ſich auf das Teſtament zu berufen und anzutreten. Gajus dagegen und ſeine Schule vertheidigten die andere Meinung, daß das Teſtament in jedem Fall unwirkſam ſei, und nie mehr zu Kräften gelangen könne. [26])

Dieſe letztere Meinung der Sabinianer erhielt auch das Uebergewicht, und in den Juſtinianiſchen

---

20) Gaj. II. 123.

Digitized by Google

Inſtitutionen, denen auch hier Gajus zum Grunde liegt, wird blos ſie erwähnt, die entgegengeſetzte aber, obgleich ſie Gajus anführte, ganz übergangen [27]).

Darüber waren aber beide Schulen ganz einig, daß der Vater, wenn ein übergangener Sohn ihn überlebe, als intestatus ſterbe, und die geſetzliche Erbfolge unmittelbar eintrete. [28]) Daraus folgt aber mit Gewißheit, daß nach dem alten Civilrecht von einer dritten Erbfolge gegen ein Teſtament keine Rede ſein kann, wenigſtens beim Sohne.

---

27) Pr. I. de exhered. lib. Theoph. ad h. l. Vg. den Weſtgoth. Gajus II, 3. pr. §. 1. L. 7. L. 30 de lib. et post. L. 3 §. 3. de inj. rupto. Vg. auch beſ. die L. 8. de lib. et post. unten.

28) Gaj. : l. c. „diversae scholae auctores — — et illum (sc. filium praeteritum) *ab intestato* heredem fieri *confitentur.*“ L. 1 de inj. rupto etc. (Papin.) „Testamentum aut non jure factum dicitur, ubi solemnia juris defuerunt: aut *nullius esse momenti*, cum filius, qui fuit in patris potestate, praeteritus est: aut rumpitur alio testamento etc.“ Ulp. XXII. 16. L. 32 de lib. et post. L. 3 §. 3. de inj. rupto. L. 15 pr. L. 16 de leg. praest. c. 4 C. de lib. praet. ab init. c. 2 c. 3 C. de post. Der Fall bei Cic. in Verr. I. 45. gehört auf keinen Fall hieher, da ſonſt nicht die gens zunächſt zur Erbfolge berufen ſein könnte. Vg. auch *Averanius* Interp. Jur. L. I. c. 10 (edit 3 Lugd. Bat. 1753. tom. I. pag. 114 — 128).

Digitized by Google

Es iſt freilich ein Aufſatz des Erblaſſers da, worin er ſeinen letzten Willen ausſpricht, und inſofern ein Teſtament, aber nur in materiellem Sinne. Juriſtiſch iſt es nicht da, eben ſo wenig als ein letzter Wille, in deſſen Form ein Zeuge fehlte, als gültiges Teſtament angeſehen wird. Das Recht betrachtet es nicht als Teſtament, und ſchützt es auf keine Weiſe. Es nimmt überhaupt gar keine Notiz davon. Ganz anders verhält es ſich mit der bonorum possessio contra tabulas des Prätors. Da iſt wirklich ein Teſtament vorhanden, welches vom Recht als ſolches anerkannt wird, wie ſich weiter unten ergeben wird. Entweder iſt alſo ein Teſtament vorhanden, d. h. ein gültiges; dann ſteht die teſtamentariſche Succeſſion offen, oder es iſt kein Teſtament da; dann erfolgt die Inteſtaterbfolge. In dieſem letzten Glied iſt unſer Fall ganz enthalten, und ſpielt auf keine Weiſe in das erſte über. Es iſt kein Teſtament da; alſo iſt auch eine Erbfolge gegen ein Teſtament ganz undenkbar, und es kann blos von der geſetzlichen Erbfolge geſprochen werden. So einleuchtend dieß aber iſt, ſo wird es doch von den meiſten neuern Juriſten verkannt, die den drei prätoriſchen Erbfolgen, der Bonorum possessio contra tabulas, secundum tabulas, und intestati, in demſelben Sinne eine civile successio contra tabulas, secundum tabulas und intestati

entſprechen laſſen. Mit jenen hat es aber eine ganz andere Bewandniß, als mit dieſen; ohne jene wäre gewiß niemand auf eine ſolche Eintheilung gekommen. Damit behaupte ich indeß keineswegs, daß eine ſolche Anordnung der Materien zu verwerfen ſei, die ſich aus andern methodiſchen Gründen ſehr empfiehlt; nur darf man nicht überſehen, daß eine ſogenannte civile contra tabulas successio nichts weiter als die gewöhnliche Inteſtaterbfolge ſei, die allerdings hier zugleich eine Erbfolge **gegen den letzten Willen** (in blos materiellem Sinne genommen) des Verſtorbenen iſt, durchaus aber nicht gegen ſein **Teſtament.**

Weil nun, wie wir geſehen haben, das Teſtament ipso iure nichtig iſt, ſo bedarf es natürlich auch keines Rechtsmittels, um dieſe Ungültigkeit erſt noch hervorzubringen. Die geſetzliche Erbfolge iſt offen, und den von ihr berufenen Erben ſtehen die Erbſchaftsklagen zu, z. B. die hereditatis petitio ab intestato. Die von den Neuern erfundene völlig unrömiſche querela nullitatis iſt daher ein wahres Unding, und es iſt unbegreiflich, wie lange man an ein ſo ungereimtes Weſen glauben konnte, und zum Theil jetzt noch glaubt. Gegen nichts, und das iſt eben jene nullitas, kann man doch nicht klagen; noch

erſt nichtig machen, was gar nicht mehr vorhanden iſt. 29)

---

29) Samuel von Cocceji hat dieß ſchon ziemlich eingeſehn, fällt aber, wie ich glaube, in den nämlichen Fehler zurück, dem er ſchon entgangen war, wenn er ſagt: „si alter excipiat, testamentum adesse, tunc replicatur, id non valere et nullum esse.“ Jus civ. controv. Francof. 1729. Lib. V. tit. 2. Auch hier iſt keine ſolche Replicatio nullitatis nöthig. Der Kläger braucht blos die Wahrheit der exceptio zu läugnen, die der Beklagte rechtfertigen muß, und es doch nicht kann, wenn das Teſtament wirklich nichtig iſt. Seitdem beſtritt namentlich Haubold, wiewohl etwas ſchüchtern, dieſen Wahn der Neuern in ſeiner Inauguraldiſſertation: „de differentiis inter testamentum nullum et inofficiosum.“ Lips. 1784. p. 6. Sein Schüler dagegen, v. Hartitzſch (Erbrecht. Leipzig 1827. p. 116), ſpricht wieder ganz getroſt von der querela nullitatis. Wenn aber ſelbſt Thibaut zwar nicht den Namen, aber das Weſen des Irrthums wiederholt, in den Worten: »Wenn das, was das ältere Civilrecht in Rückſicht der Form der Einſetzung oder Enterbung fordert, nicht beobachtet iſt, ſo wird das Teſtament von den Civilnotherben als vom Anfang an nichtig (nullum) angefochten,« Syſtem des Pandektenrechts, 7te Aufl. §. 815. B. II. S. 236. Vg. auch §. 816. u. 817., wo ſogar der Name »Nichtigkeitsklage« vorkommt — ſo traut man ſeinen Augen kaum. Ebenſo Mühlenbruch, Doct: Pand. §. 578. Vg. Förſter l. c. §. 21. Valett Notherbenr. §. 17. Geßner, Observ. de jure succed. contra testam. pag. 16.

Es bedarf übrigens kaum einer Erwähnung, daß wenn das Teſtament ungültig iſt, auch Alles, was darin enthalten war, nicht blos die Erbeinſetzung, ſondern eben ſo auch alle Legate, Fideicommiſſe und übrige letzte Verfügungen des Erblaſſers keine Wirkſamkeit mehr haben.

Waren mehre Grade eingeſetzter Erben vorhanden, ſo wurden keineswegs alle dieſe nothwendig zerſtört durch Präterition des Sohnes, ſondern blos der, in welchem derſelbe wirklich weder eingeſetzt noch enterbt war, die übrigen blieben wirkſam. Es verhielt ſich ebenſo, wie wenn mehre Teſtamente errichtet wurden, und eines von dieſen gleich von Anfang an fehlerhaft gemacht ward, und ſo ſeine Nichtigkeit bei ſeiner Entſtehung ſchon in ſich trug. Beiſpiele werden dieß am beſten erläutern und zugleich das Obige mit beſtätigen.

L. 75 de hered. instit.

Papinianus lib. 12 Quaest. Si filius substituatur ei, a quo praeteritus est, non ut intestati patris, sed ex testamento habebit hereditatem: quoniam et quolibet alio substituto, si fuisset ab eo exheredatus, inde testamentum inciperet, ubi filius esset exheredatus.

Ein Vater ſetzte Titius zum Erben ein, mit Uebergehung ſeines Sohnes. In ſo weit iſt das Te-

ſtament nichtig, und der Sohn kann ab intestato als Erbe auftreten, wenn ihm nichts im Wege ſteht, als dieſe Erbeinſetzung. Geſetzt nun aber, der Vater hätte dem Titius in Gajus einen Subſtituten gegeben, und bei dieſer Subſtitution ſeinen Sohn nicht übergangen, ſondern förmlich enterbt: in dieſem Fall bleibt der erſte Grad, gewiſſer Maßen das erſte Teſtament ungültig, und kann nicht wieder zu Kräften kommen; der zweite aber, der allen Regeln des Civilrechts ein Genüge leiſtet, iſt völlig wirkſam. Seine Gültigkeit kann weder durch die Nichtigkeit des erſten Grades, der ja nur ſcheinbar, juriſtiſch gar nicht vorhanden iſt, noch durch die frühere Uebergehung des Sohnes, die mit ihm gar nicht zuſammen hängt, irgend geſtört werden. Gajus erhält die Erbſchaft als rechtmäßiger Teſtamentserbe. Ebenſo iſt es aber auch, wenn der Sohn ſelbſt im zweiten Grade zum Erben eingeſetzt iſt. Dann erbt er als Teſtamentserbe, nicht ab intestato, denn dieſer Grad iſt eben ſo vollgültig, als der erſte nichtig iſt.[30]

L. 8. de lib. et post.

Pomponius lib. 1 ad Sabinum. Si a[31] primo

---

30) Vg. L. 3 §. 6. de lib. et post. L. 43 §. 2. de vulg. et pupill.

31) So leſen Hal. und alte Ausg. Die Flor. läßt »a« weg.

herede instituto filium exheredavero, a secundo autem substituto non exheredavero, et, dum pendet an prior aditurus sit, filius decesserit: secundum sententiam, qua utimur, non erit secundus heres, quasi ab initio inutiliter institutus, cum ab eo filius exheredatus non sit.

Der erſte Grad iſt gültig, die Subſtitution nichtig[32]. Die Worte: secundum sententiam, qua utimur, beziehn ſich ohne Zweifel auf den oben angeführten Streit der Schulen über den Fall, wo der Sohn ſtirbt, ehe die ſeinetwegen ungültige Erbeinſetzung, auch wenn ſie ſonſt gültig wäre, ihre Kraft äuſſern kann: ſo daß Gajus Erwähnung derſelben nicht ganz vollſtändig und genau zu ſein ſcheint. Wie leicht konnte er dieſen Fall gerade nicht im Auge gehabt haben?

Endlich gehört noch beſonders folgende Stelle hieher:

L. 7. de lib. et post.

Paulus lib. 1 ad Sabin. Si filius, qui in potestate est, praeteritus sit, *et vivo patre decedat:* testamentum non valet, *nec superius rumpetur, et eo jure utimur.*

---

32) Vg. die Gloſſe zu den Anfangsworten, welche die Stelle ſehr richtig umſchreibt.

Ein Vater hatte zwei Teſtamente gemacht, und im zweiten ſeinen Söhn präterirt. Dieſes letztere iſt alſo gleich von Anfang an nichtig, und kann daher das frühere gar nicht aufheben. Selbſt in dem Fall äußert es nicht die geringſte Wirkung, wenn der Sohn vor dem Vater geſtorben und ſo der eigentliche Grund ſeiner Ungültigkeit weggefallen iſt. Auch dieſe Stelle bezieht ſich offenbar auf jenen Streit der Schulen; der ſich aber ſchon mit dem Siege des einen geendigt hatte, und es iſt wohl zu beachten, daß ſie von Paulus, einem Sabinianer, herrührt. [33])

§. 6.

Viel mehr Schwierigkeit macht das alte Recht der übrigen Kinder in der Gewalt: weil uns nur ſehr dürftige Quellen über dieſen Gegenſtand zu Gebote ſtehen. Denn die Compilatoren vermieden es ſorgfältig, Stellen aus claſſiſchen Juriſten in ihre

---

33) L. 16 §. 1. de vulg. et pup. subst. L. 14 §. 1. de lib. et post. — vg. mit L. 4. §. 2. de her. inst. — enthält eine ſcheinbare Ausnahme von unſerer Regel, die ſich aber eben ſo leicht und auf dieſelbe Weiſe erklären läßt, wie die Gültigkeit der bedingten Einſetzung, wenn die Bedingung in der Macht des Sohnes ſteht. Förſter l. c. p. 77. macht, wie ich glaube, mit Unrecht einen Unterſchied zwiſchen dem den Vater überlebenden, und dem vor dieſem verſtorbenen Sohn.

Digitized by Google

Digeſten aufzunehmen, welche das zu ihrer Zeit veraltete Recht erläuterten, und tilgten, wo in den aufgenommenen Stellen beiläufig davon die Rede war, faſt jede Spur deſſelben. Es bleibt uns daher ſehr vieles dunkel und räthſelhaft, beſonders im Einzelnen. Ueber das Weſentlichſte ſind wir indeſſen ziemlich unterrichtet.

Zuvörderſt wiſſen wir, daß ungeachtet der Uebergehung dieſer Perſonen das Teſtament ſeine Kraft behielt, und keineswegs Inteſtaterbfolge eintrat. Der letzte Wille wurde nicht zerſtört, ſondern bloß gewiſſermaßen ergänzt und berichtigt durch das Civilrecht. Die übergangene Tochter, Enkel, Enkelinn u. ſ. w. haben nämlich ein jus adcrescendi [34]) in Beziehung auf die eingeſetzten Erben.[35]) Gehören dieſe ebenfalls zur Claſſe der sui heredes, ſo werden ſie dieſen in gewiſſem Sinne gleich geſtellt, und

---

34) Das Wort »Anwachſungsrecht« hat einen andern, nicht tropiſchen Sinn. Eher ginge noch »Recht des Zuwachſes.«

35) Gaj. II. 124. Epit. II. 3. §. 1. Ulp. XXII. 17. Paul R. S. III. 4. B. §. 8. Lex Rom. Burg. XLV. (bei Schulting XLIV.) pr. J. de exher. lib. Theoph. ad h. l. Fr. de jure fisci §. 11. Harmenopul. B. V. Tit. 5 §. 2.', bei Reiz S. 284.

Digitized by Google

erhalten einen Kopftheil (portio virilis); ſind die Erben aber andere, dem Erblaſſer weniger nahe Perſonen, ſo bekommen ſie die Hälfte des ganzen Nachlaſſes. Geſetzt z. B. A hätte ſeinen Vetter B und Freund C zu Erben eingeſetzt, dagegen ſeine Tochter und einen Enkel, den er von ſeinem verſtorbenen Sohne hatte, übergangen, ſo werden B und C die eine Hälfte der Erbſchaft bekommen, die Tochter und der Enkel ſich in die andere theilen.[36]

Wir können wohl mit ziemlicher Sicherheit annehmen, daß im Ganzen bei dieſer Theilung unter den übergangenen Notherben die geſetzliche Erbfolge den Maßſtab darbot. Denn wo hätte man eher beſtimmte poſitive Regeln, deren man hier doch nicht entbehren konnte, finden können, als eben dort? So iſt es mir wahrſcheinlich, daß wenn A ſeine Söhne B und C zu Erben eingeſetzt, ſeine Tochter E aber nebſt zwei Enkeln F und G, die er von ſeinem verſtorbnen Sohn D beſaß, übergangen hatte, daß in dieſem Fall die Tochter E $\frac{1}{4}$, die Enkel F und G zuſammen auch $\frac{1}{4}$, jeder einzelne alſo $\frac{1}{8}$ des Nachlaſſes erhielt. Dieß ſcheint mir natürlicher, als die Annahme, daß E, F und G zuſammen bloß $\frac{1}{3}$, oder gar jede dieſer Perſonen

36) Ueber den Fall, wo mehre Weiber übergangen ſind, vg. Haße im Rhein. Muſ. B. III. S. 207.

⅕ erhalten habe [37]). Ob es aber einen Unterſchied machte, wenn die Kinder auf verſchiedene Quoten im Teſtament angewieſen waren, weiß man nicht.

Dieſe Verhältniſſe werden aber noch viel verwickelter, wenn zugleich Kinder in der Gewalt und andere Perſonen im Teſtament zu Erben berufen ſind. Davon ſpricht Paulus l. c.

Filio et extraneo aequis partibus heredibus institutis, si praeterita adcrescat, tantum suo avocabit, quantum extraneo. Si vero duo sunt filii instituti, suis tertiam, extraneis dimidiam tollit.

Es ſcheint auf den erſten Blick aus dieſer Stelle hervor zu gehen, daß die Tochter mit den eingeſetzten Kindern gerade ſo theilte, wie wenn ſie allein ohne Miterben eingeſetzt wären: und eben ſo auf der andern Seite von dieſen denſelben Antheil erhielte, der auf ſie gekommen wäre, wenn keine Kinder im Teſtament bedacht geweſen. Doch iſt die Stelle wohl bedeutend verkürzt und dadurch entſtellt. Denn ſo wie ſie vorliegt, iſt ſie mehrer Deutungen fähig, und auch

---

37) Theoph. l. c. »εἰ δὲ σοῦοι, λαμβάνει τό ἀναλογοῦν, — »ὅσον ἔμελλε λαμβάνειν, εἴγε ἀδιάθετος ἐτελεύ- »τησεν ὁ πατήρ.« Harmenop. l. c. »καὶ εἰ μέν ἐστι »γραφεῖσα ἡ κληρονομία εἰς ἐξωτικοὺς, - - τὸ ἥμι- »συ οἱ οἰκεῖοι λαμβάνουσιν, εἰ δὲ εἰς οἰκείους, ἐπ' »ἴσης πάντες.« Förſter iſt anderer Meinung S. 88.

ſonſt ſehr verdächtig. Jener erſte Satz kann nämlich heißen: Wenn der Sohn und der Fremde jeder auf die Hälfte des Nachlaſſes eingeſetzt iſt, ſo nimmt die übergangene Tochter jedem die Hälfte ſeines Theils weg. So bekäme ſie $\frac{1}{2}$, der Sohn $\frac{1}{4}$ und der Fremde $\frac{1}{4}$. Die große Unbilligkeit einer ſolchen Vertheilung iſt augenſcheinlich. Hat ſie wirklich gegolten, ſo bin ich vollkommen überzeugt, daß die Juriſten irgend ein Rechtsmittel erfunden haben, um einer ſo ſchreienden Ungerechtigkeit zu begegnen. Man kann das Abentheuerliche derſelben leicht vermehren. Waren z. B. 6 Söhne und 6 Fremde, alle zu gleichen Theilen eingeſetzt, ſo hätte die übergangene Tochter wieder $\frac{1}{2}$, jeder Sohn aber nur $\frac{1}{24}$ bekommen. Ein ſolches Recht war bei den Römern nie praktiſch [38]).

Obgleich dieſer Satz aber von allen Auslegern [39]) ſo erklärt wird, ſo kann er doch ebenſo gut, und mit mehr innerer Wahrſcheinlichkeit anders verſtanden werden. Die Erbſchaft war bis dahin in zwei gleiche Theile zerlegt. Jetzt kommt die Tochter hinzu, und es muß ein dritter Theil gemacht werden für dieſe.

---

38) Wie hätte ſonſt Juſtinian, da ihm weder Gelegenheit (c. 4. C. de lib. praet.) noch Luſt fehlte, ſeinen Tadel über ſolche Ungereimtheit verſchweigen können?

39) Cujas und Schulting in den Noten ad h. l, Förſter l. c. p. 89.

Der Sohn hatte $\frac{6}{12}$, der Fremde ebenfalls $\frac{6}{12}$. Nun nimmt die Tochter von jedem gleich viel weg $\frac{2}{12}$. So erhält ſie $\frac{4}{12}$, und jeder der beiden andern ebenfalls $\frac{4}{12}$. Dieß Reſultat iſt nicht blos an ſich natürlich und billig, ſondern es entſpricht auch der Römiſchen Berechnung, wenn z. B. 3 Erben, jeder auf 6 Unzen $\frac{6}{12}$ eingeſetzt wurde 40).

Die Worte aequis partibus ließen als Gegenſatz erwarten eine ungleiche Vertheilung der Erbſchaftsquoten. Statt deſſen folgt, man weiß nicht wie, etwas von mehren Söhnen und mehren Fremden, die eingeſetzt ſind: als ob der Unterſchied in der Einheit oder Mehrheit läge. Ja man erfährt erſt am Schluß, ganz unerwartet, daß auch von mehren Fremden die Rede ſei, und doch ſcheint es wieder ganz gleichgültig, ob einer oder mehre extranei da ſeien; denn in beiden Fällen erhält die Tochter die Hälfte von ihnen. Da iſt ganz beſtimmt etwas ausgefallen; und es iſt ſogar die Frage, ob dieſer Satz von dem Fall rede, wo sui et extranei zugleich eingeſetzt, oder aber wo entweder jene allein oder dieſe allein im Teſtament berufen ſind.

Vielleicht möchte man behaupten: Hier ſei doch wenigſtens eine dritte civile Erbfolge gegen ein Teſta-

40) L. 13. §. 4. de hered. inst.

ment [41]). Gewiß ganz falſch. An die Inteſtatſucceſſion iſt freilich nicht zu denken, da das Teſtament ſeine volle Gültigkeit beibehält. Nicht gegen dieſes wird alſo ſuccedirt, ſondern ihm gemäß. Die Erbeinſetzungen ſind wirkſam, ebenſo alle übrigen Verfügungen des letzten Willens. Ja die ganze Natur des *jus accrescendi* beruht gerade auf dieſer Gültigkeit. Wären die geſchriebenen Erben nicht wirklich Erben, wie könnte man ihnen accrescere? Die übergangene Tochter wächſt ihnen gewiſſer Maßen zu, d. h. wird ihnen gleich, repräſentirt den Erblaſſer gerade wie ſie, theilt ſich mit ihnen in den Nachlaß, übernimmt aber auch einen Theil der Verpflichtungen, die allen geſchriebenen Erben obliegen. Kurz ſie wird betrachtet, als vom Erblaſſer eingeſetzte Erbinn. Dieß alles folgt ſchon aus dem Begriff des accrescere. Wir haben aber außerdem noch ein ganz deutliches Zeugniß hierüber.

c. 4. C. de lib. praet. (Justinianus) - filia autem praeterita jus accrescendi ex jure vetere accipiebat,

41) Ungeachtet die lex Julia et Papia Poppaea ungleich bedeutender und willkührlicher den letzten Willen modificirte, und ihm auf jede Weiſe Gewalt anthat, ſo wüßte ich doch nicht, daß jemand ihr eine beſondere dritte Art der Successio zuſchriebe, was doch noch eher denkbar wäre als hier.

ut *eodem momento* et testamentum patris *quodam modo* ex parte jure accrescendi everteret, (nämlich dem Effect, nicht aber der Form nach), *et* ipsa *quasi scripta legatis supponeretur.* Ferner: cum enim per jus accrescendi semissem substantiae filia praeterita accipiebat, *et omnibus legata praestare compellebatur, scilicet ad dodrantem suae portionis etc.*

Ich denke mir nun die Sache kurz ſo: Wurde eine Tochter z. B. im Teſtament übergangen, ſo hinderte dieß die gewöhnliche Erbfolge nach dem Teſtament nicht. Die geſchriebenen Erben traten demſelben gemäß an. Die Tochter aber ſollte auch Theil erhalten an der Erbſchaft, und ward daher ebenfalls als eingeſetzte Erbinn fingirt und ſo jenen gleichgeſtellt. Dabei mußte natürlich eine Quote für ſie beſtimmt werden, und dieſes geſchah auch mit ſehr begreiflicher Rückſicht auf die Vertheilung der Inteſtaterbfolge.

§. 7.

Ganz verſchieden von dem Rechte der Kinder in der Gewalt iſt urſprünglich das Recht der *postumi*, Afterkinder [42]. Erſt ſpäter nähern ſie ſich, ge-

42) Ich berufe mich für dieſes, wie mir ſcheint für unſern Zweck ſehr bezeichnende Wort auf Jac. Grimm,

genſeitig auf einander einwirkend, immer mehr, und ſcheinen endlich noch in der Zeit der Klaſſiker faſt ganz in ein gemeinſchaftliches Recht zuſammen zu wachſen. Doch laſſen ſich die Grundverſchiedenheiten immer noch deutlich erkennen, und Trennung derſelben iſt nothwendig.

Vor allem müſſen wir indeß den Begriff der *postumi* näher bezeichnen. Da hier immer ein urſprünglich gültiges Teſtament voraus geſetzt wird, ſo bezieht er ſich auf dieſes, und nicht wie bei der Inteſtaterbfolge auf den Zeitpunkt der Anbietung dieſer [43]. Afterkinder postumi in unſerm Sinn heißen nun diejenigen Perſonen, welche nach Errichtung des Teſtaments in die unmittelbare (väterliche oder eheliche) Gewalt des Erblaſſers wirklich gekommen ſind, oder doch gekommen wären, wenn ſchon zur Zeit ſeines Todes ihre Geburt Statt gefunden hätte, nun aber höchſtens 10 Monate ſpäter eintrat [44]. Geſchah dieß unmittelbar ſchon durch die bloße Geburt des Afterkindes, oder wäre dieß ohne den frühzeitigen Tod des Vaters Folge der bloßen Geburt geweſen, ſo war

---

der es als neuhochdeutſches anführt und mit Afterlehn, Afterheu u. ſ. w. zuſammen ſtellt. Deutſche Grammatik Bd. II. S. 710.

43) Vg. beſ. L. 9. §. 2. de lib. et post. L. 6. pr. de inj. rupt.

44) L. 6. pr. de inj. rupto.

daſſelbe im eigentlichen Sinne postumus. Dieſer Begriff ward aber auch auf alle andern Kinder ausgedehnt, die nicht unmittelbar durch ihre Geburt, ſondern auf andere und ſelbſt künſtliche Weiſe nach Errichtung des Teſtaments in die Reihe der sui heredes eintraten, und ſo im Gegenſatz mit jenen durch die Ausdrücke *quasi postumi* oder *postumorum loco* bezeichnet wurden [45]. Zu jenen wird z. B. der Sohn gezählt, welcher nach dem Tode des Vaters, aber innerhalb 10 Monaten geboren wird, ferner der Enkel, der nach ſeines Vaters Tod, welcher vor dem Großvater verſtarb, zur Welt kam, u. ſ. w. Dagegen wird unter dieſe z. B. der nach Errichtung des Teſtaments adoptirte Sohn, die Frau, welche ſpäter in die ſtrenge Ehe mit dem Erblaſſer trat, gerechnet. Ganz beſonders gehört aber auch der wichtige Fall hieher, wo ein Sohn mit Hinterlaſſung mehrer lebender Enkel durch den Tod oder auf anderm Wege aus der väterlichen Gewalt tritt, und ſo dieſe in die unmittelbare Gewalt des Großvaters bringt [46]. Eine genaue Aufzählung der einzelnen

45) Gaj. II. 133. (L. 13. de inj. rupt.) Gaj. II. 138. Epit. II. 3. §. 2. 3. Vg. die Ausleger zu dieſer Stelle §. 2. J. de exhered. lib. §. 1. J. quib. mod. toll.

46) Gaj. II. 138. 139. Ulp. XXIII. 3. Coll. L. M. et R. XVI. 1. L. 6. §. 4. de inj. rupt.

Digitized by Google

möglichen Fälle findet ſich bei Förſter [47]), und wäre hier ganz überflüſſig.

Nach dieſen Vorbegriffen können wir uns zu dem Recht ſelbſt wenden, welches den Afterkindern zuſtand. Hier finden wir den uralten Grundſatz: *Agnatione postumi rumpitur testamentum;* durch das Hinzutreten eines Afterkindes wird das Teſtament vernichtet. Wie alt derſelbe ſei, läßt ſich nicht beſtimmen. Nur das wiſſen wir, daß er viel älter als Cicero iſt. Das zeigt ſchon die Art, wie dieſer davon ſpricht:

de Oratore I. 57. Attamen quae causae sunt ejus modi, ut de earum jure *dubium esse non possit,* omnino *in judicium vocari non solent.* Num quis eo testamento, quod paterfamilias ante fecit, quam ei filius natus esset, hereditatem petit? *Nemo: quia constat agnascendo rumpi testamentum* [48]).

Das Teſtament war alſo zerſtört und die geſetzliche Erbfolge trat ein, zu welcher außer den übrigen Kindern in der Gewalt auch die Afterkinder von den XII Tafeln berufen wurden [49]).

---

47) a. a. O. S. 96-106.

48) Auf ganz ähnliche Weiſe äußert er ſich auch pro Caecina c. 25. darüber.

49) Ulp. XXII. 15. L. 3. §. 9. de suis et legit.

Mit dieſer Regel war nun eine andere eng verbunden, welche die Erbeinſetzung einer ungewiſſen Perſon nicht geſtattete. Eine ſolche war aber ohne Zweifel der postumus. Je weiter wir in der Geſchichte des Rechts hinauf gehen, deſto ausgedehnter und ſtrenger herrſcht dieſer Grundſatz. Später wird er immer mehr beſchränkt, bis er endlich in Beziehung auf Nachgeborne überhaupt ganz verſchwindet [50].

So mußte es nothwendig kommen, daß urſprünglich alle Teſtamente regelmäßig zerſtört wurden, wenn nach ihrer Abfaſſung ein Afterkind hinzu trat, und dieſem Schickſale gar nicht entgehen konnten.

Auf dieſem Grunde nun wurzelt unſre ganze Lehre vom Recht der postumi, die ohne Zweifel Veranlaſſung und Vorbild wurde für das Recht der übrigen Kinder in der Gewalt, auf der andern Seite aber auch dieſem einzelne Modificationen zu danken hatte. Schon ſehr frühe mochte man nämlich das Läſtige jener Regeln empfinden, beſonders wenn ein Vater mit Hinterlaſſung einer ſchwangern Frau ſtarb. Denn in dieſem Falle konnte er nicht frei über ſein Vermögen verfügen, da ja immer die geſetzliche Erbfolge eintreten mußte, ſobald das Kind lebend zur

---

50) Gaj. II. 241. 242. 287. pr. J. de bon. poss. §. 26. 28. J. de legat.

Welt kam. Daher geſtatteten die Juriſten die Einſetzung des zukünftigen Kindes in dieſem Fall, wodurch die Zerſtörung des Teſtamentes gehemmt wurde [51]). So natürlich die Regel war, welche vorausſetzt, der Erblaſſer hätte die Afterkinder gewiß bedacht, und das Teſtament ganz anders eingerichtet, wenn ſie ſchon zur Zeit der Errichtung ihm als nothwendige Erben vor Augen geweſen wären: ſo natürlich iſt auch dieſe Ausnahme, da ſie deutlich zeigt, wie derſelbe wirklich an ſie gedacht und gehörig über ſie verfügt hat.

Ulp. XXII. 19. Eos, qui in utero sunt, si nati sunt, heredes nobis futuri sunt, *possumus* instituere heredes, si quidem post mortem nostram nascantur, *ex jure civili:* si vero viventibus nobis, *ex lege Junia* [52]).

Jus civile heißt hier, beſonders im Gegenſatz eines Volksſchluſſes, wie oft, das auf der Lehre der

---

51) Beiſpiele finden ſich bei Cic. de Jnvenit. II. 42. pro Cluent. 11. 12.

52) So will Schulting, wie ich glaube, mit Recht leſen. Die Handſchr. hat: lege Julia. Aber die Verſchreibung lag nahe, und die lex Junia Velleja iſt offenbar gemeint. Vg. L. 29. §. 7. de lib. praet.: »*possitque vel ex jure antiquo vel ex Velleja* institutus non rumpere«.

Juriſten beruhende Recht, nicht, wie Cujas meinte, die XII Tafeln.

Dieſe Möglichkeit einer wirkſamen Einſetzung oder Enterbung, die jener natürlich parallel geht, war aber beſchränkt auf die Kinder, im engſten Sinn, welche nach des Erblaſſers Tod innerhalb 10 Monaten geboren wurden. Sehr wahrſcheinlich wurde ſie aber bald weiter ausgedehnt. *C. Aquilius Gallus* nämlich, ein Zeitgenoſſe Ciceros geſtattete ſie auch in Bezug auf Enkel und Urenkel u. ſ. w. wenn dieſe innert 10 Monaten nach dem Tode ihres Vaters, der vor dem Erblaſſer geſtorben war, zugleich aber auch nach deſſen Tode geboren wurden [53]. Gerade dieſe Erweiterung bezeugt das nicht allzu große Alter der Ausnahme überhaupt. Zu dieſem Zwecke erfand auch Aquilius eine Formel, durch deren Gebrauch ſich der Erblaſſer vor Vernichtung des Teſtaments, die ihm von dieſen Enkeln drohte, verwahren konnte.

L. 29. pr. de lib. praet.

Scaevola lib. 6. Quaest. Gallus sic *posse institui*

53) Sie werden von den Neuern *postumi Aquiliani* genannt, und ganz falſch zu den quasi postumis gezählt, obgleich ſie unmittelbar durch ihre Geburt sui heredes werden. So bei Valett a. a. O. S. 18. Hartitzſch a. a. O. S. 112.

Digitized by Google

postumos nepotes *induxit: Si filius meus, vivo me, morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, sive quae neptis post mortem meam, decem mensibus proximis, in quibus filius meus moreretur, natus, nata erit, heredes sunto* [54].

Später erweiterte die lex *Junia Velleja* v. J. 763. der Stadt [55] dieſe Befugniß der Einſetzung auch in Bezug auf diejenigen Afterkinder, die noch bei Lebzeiten des Erblaſſers in ſeine unmittelbare Gewalt kamen: wiewohl in dieſem Falle die alte Regel nichts ſo ſehr Drückendes hatte. Denn in den meiſten Fällen ſtand es dem Vater ja frei, jetzt ein neues Teſtament an die Stelle des alten zerſtörten zu ſetzen, und darin auf dieſe neuen Kinder Rückſicht zu nehmen. Dieſes Geſetz hat zwei Capitel, von denen das erſte die Erbeinſetzung der Kinder geſtattet, welche nach Abfaſſung des Teſtaments und vor dem Tode des Erblaſſers durch die bloße Geburt unmittelbar in die

54) Vg. L. 29. §. 2. 3. 4. 5. de lib. praet. Ueber dieſe ganze Sache vg. die einleitende Gloſſe des Vivianus zur lex Gallus. Ich weiß keine Stelle in den Juſtinianiſchen Rechtsbüchern, welche eine ſolche Menge von weitläufigen Commentaren aufzuweiſen hätte, wie dieſe ſogenannte lex Gallus.

55) Vg. Winckler Opp. min. tom. I. p. 257 sq. Hugo R. Geſch. 10 Aufl. S. 697. Förſter l. c. pag. 111. Hingegen Schulting im J. C. A. p. 640. ſetzt ſie unter Claudius ins Jahr 799.

Gewalt deſſelben kommen [56]). Dahin gehört z. B. der Enkel, welcher nach Errichtung des Teſtaments und bei Lebzeiten des Großvaters geboren wird, wenn ſein Vater vorher geſtorben iſt: mochte dieſer zur Zeit der Abfaſſung noch am Leben geweſen ſein oder nicht.

Das zweite Capitel verordnete, eine gültige Erbeinſetzung oder Enterbung ſoll möglich ſein, und ein ſolches Teſtament ſoll bei Kräften bleiben, ſelbſt bei den postumis, welche nicht durch Geburt, ſondern durch das Ausfallen der zwiſchen ihnen und dem Erblaſſer in der Mitte ſtehenden Perſon, unmittel-

56) L. 29. §. 10. 12. cit. »Nunc de lege Velleja videamus. Voluit *vivis nobis natos* similiter non rumpere testamentum. Et videtur primum caput eos spectare, qui *cum nascerentur, sui heredes futuri essent etc.* Sie heißen bei einigen Neuern etwas ſonderbar postumi Vellejani primi. Auch ſie werden mit Unrecht von manchen zu den quasi postumis gerechnet, z. B. von Valett a. a. O., der ſie überdieß noch zu eng erklärt, und Hartitzſch a. a. O. Das Wort *nascatur* (et si vivo patre nascatur) muß entweder mit Cujac. Comment. ad h. l. in instituatur verwandelt oder eher mit Haloand. geſtrichen werden. Vg. Schulting Notae ad D. v. Smallenb. tom. V. p. 27. Die Gloſſatoren erklären dieſe Worte von einem beſondern Falle, der zwar nicht in der lex Vell. läge, aber von den Juriſten auch anerkannt worden wäre. Dieß iſt allerdings wahr; unſre Stelle aber offenbar verdorben, wie noch manches in dieſer berühmten lex Gallus.

bare Kinder deſſelben noch während ſeines Lebens werden, wenn ſie nämlich ſchon zur Zeit der Errichtung des Teſtaments gelebt hatten. Z. B. Ich habe einen Sohn und von dieſem einen Enkel, und ſetze bloß jenen ein im Teſtament. Später ſtirbt der Sohn noch bei meinen Lebzeiten. Dadurch wird der Enkel suus, und zerſtört das Teſtament nach der gewöhnlichen Regel, die blos dadurch gehemmt werden kann, daß ich ihn im Teſtament ebenfalls bedenke [57]). Dieſer Theil der lex Velleja, der nicht bloß den Tod der Mittelsperſon, ſondern auch jeden künſtlichen Ausfall aus der Gewalt befaßte, ward nun durch Interpretation der Juriſten auch auf die Regel des Gallus ausgedehnt, ſo daß die Einſetzung des Enkels, welcher nach dem Tode des Großvaters als deſſen suus geboren wurde, weil ſein Vater vorher eine capitis deminutio erlitten hatte, nicht aber weil er geſtorben war, nun ebenfalls wirkſam blieb [58]).

57) L. 29. §. 13. sq. de lib. praet. »Si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit, liberi ejus (et caetera) in locum suorum sui heredes succedunto«. Dieſe ſogenannten postumi Vellejani secundi ſind allerdings *postumorum loco.* Unrichtig verſteht Aleander dieſes zweite Capitel und wird von Schulting zu recht gewieſen. Vg. Jus. C. Ant. J. p. 101. b. 102. a.

58) L. 29. §. 5. 6. de lib. praet. Vg. Cujac. Comment. ad h. l.

Ferner wurde ſein Inhalt auch auf den erſten Theil derſelben lex angewandt. Der eingeſetzte Enkel nämlich ſollte das Teſtament des Großvaters nicht zerſtören, wenn er auch bei Lebzeiten ſeines Großvaters ſowohl als ſeines Vaters geboren, und erſt ſpäter durch den Tod des letztern unmittelbar in die Gewalt des erſten gekommen wäre. An ſich paßte weder der erſte Theil des Geſetzes, welches Unmittelbarkeit bei der Geburt verlangte, auf dieſen Fall, noch der zweite, weil dieſer das Leben der Afterkinder zur Zeit der Errichtung des Teſtaments vorausſetzte, ſondern nur die Vereinigung beider [59]).

Damit waren aber noch gar nicht alle möglichen Fälle erſchöpft. Namentlich wurde in allen den Fällen, wo eine fremde Perſon nach der Erklärung des letzten Willens auf künſtlichem Wege in die unmittelbare Gewalt des Erblaſſers trat, das Teſtament nothwendig zerſtört, mochte dieſelbe darin eingeſetzt ſein oder nicht. So ward es nichtig durch jede Adoption, jede Eingehung der ſtrengen Ehe, ſelbſt durch jede

---

59) L. 29. §. 5. 6. de lib. praet. Weil Julianus vielleicht zuerſt dieſe Anwendung machte, nennen die Neuern einen ſolchen postumus *Julianus*. Dergleichen Eintheilungen und Benennungen, die auf Zufälligkeiten beruhen, können keinen Vortheil gewähren und leiten oft ſogar irre.

Emancipation eines Sohns, die der Erblaſſer vornahm, denn der Sohn kam durch die erſte und zweite Entlaſſung aus dem mancipium wieder in die Gewalt des Vaters zurück, und machte ſo deſſen Teſtament ungültig. Dieß galt noch zu Gajus Zeit unbezweifelt. Und nur bei der causae probatio geſtattete ein Senatusconſult von Hadrian eine Ausnahme, wenn durch ſie das eingeſetzte oder enterbte Kind erſt nach dem Tode des Vaters in die Reihe der sui trat [60]).

Indeß ſcheint doch nach ſpäterer Anſicht auch in dieſen Fällen die frühere Einſetzung einer ſolchen Perſon die Kraft des Teſtamentes aufrecht erhalten zu haben. Wenigſtens iſt dieſelbe in den Digeſten herrſchend [61]).

---

60) Gaj. II. 138-143. Ulp. XXIII. 3. L. 8. §. 1. de inj. rupto, wo geleſen werden muß: »*non* rumpunt“.

61) L. 18. de injust. rupto. (Scaevola) »Si qui heres institutus est, a testatore adrogetur, potest dici, *satis ei factum*, quia et antequam adoptetur, institutio *ut in extraneo locum habebit*. L. 23. §. 1. de lib. praet. (Papin.) L. 28. §. 1. eod. (Tryphon.) Förſter l. c. pag. 117. nimmt einen Streit der Schulen an, und will die letztere Meinung nur beſchränkt gelten laſſen. Allein Gajus erwähnt mit keiner Sylbe einer andern Meinung, und alle dieſe Stellen ſind von jüngern Juriſten, die ſich, namentlich Scaevola, ebenfalls beſtimmt ausſprechen, und durchaus keiner Beſchränkung erwähnen. Auch iſt eine ſolche Aenderung der Anſicht der ganzen Geſchichte dieſes Inſtituts ſehr angemeſſen.

So wurde allmählich, was anfangs immer eingetreten war, die Zerſtörung des Teſtaments durch Hinzutreten eines Afterkindes ſelten, und die urſprünglich unmögliche Erbeinſetzung derſelben ward endlich ganz allgemein geſtattet. Dennoch blieb jene Regel, und es iſt nicht ganz genau geſprochen, wenn man ſagt: Postumi müſſen entweder eingeſetzt oder enterbt werden; ſonſt zerſtören ſie das Teſtament durch ihre Geburt. Sondern vielmehr: Sie zerſtören daſſelbe eigentlich immer. Nur wenn ſie, was jetzt immer geſtattet iſt, eingeſetzt oder enterbt ſind, ſo wird ſeine Kraft erhalten.

Die Regeln für eine gültige Einſetzung ſind wohl ziemlich dieſelben, wie bei den lebenden Kindern in der Gewalt und ergeben ſich im Einzelnen leicht, wenn man bedenkt, daß es hier immer auf die Zeit der Geburt des postumus ankommt [62]. Daſſelbe gilt von der Enterbung: doch finden ſich hier

---

Daß aber eine *exheredatio* bei wirklichen extraneis gar keinen Sinn habe, verſteht ſich von ſelbſt. Vg. hierüber Gaj. II. 140. L. 8. §. 7. 8. de bon. poss. c. t. L. 23. pr. de lib. et post.

62) L. 22. de lib. et post. L. 24. eod. L. 6. §. 2. de hered. inst. Ueber das Verhältniß der lex Voconia zu dieſem Recht vg. Haſſe im Rhein. Muſ. B. III. S. 210. 211.

einige Modificationen, die erwähnt werden müſſen. Alle männlichen Afterkinder nämlich, nicht bloß der Sohn, ſondern auch der Enkel müſſen *nominatim* enterbt werden: wenigſtens hielt man dieß für ſicherer, obgleich einige Juriſten die Enkel auch inter ceteros auszuſchließen verſtatteten [63]). Daß hier eigentlich von individueller Bezeichnung keine Rede ſein kann, und bloß eine Andeutung des künftigen Kindes, das enterbt ſein ſoll, möglich iſt, iſt an ſich klar: z. B. quicunque mihi filius neposve genitus fuerit, exheres esto [64]). Dagegen können weibliche Afterkinder auch *inter ceteros*: d. h. zugleich mit allen auch lebenden Kindern in der Formel ceteri exheredes sunto zuſammengefaßt enterbt werden. Nur muß ihnen in dieſem Fall etwas im Teſtament legirt ſein, damit man ſieht, daß der Erblaſſer wirklich an ſie gedacht hat, was ja bei ihnen ungleich bedenklicher iſt anzunehmen, als bei ſchon lebenden Kindern [65]).

63) Ulp. XXII. 22. Gaj. II. 134. Paul. R. S. III. 48. §. 10. L. 3. pr. de inj. rupto. c. 2. C. de lib. praet. §. 1. J. de exhered. lib.

64) §. 1. J. cit. Paul. R. S. III. 4 B. §. 9. L. 10. de lib. et post. L. 3. §. 5. de inj. rupt. L. 47. §. 1. de hered. instit.

65) Ulp. XXII. 21. Gaj. II. 132. 134. §. 1. J. cit. Dieß darf ja nicht auf die letztern auch bezogen werden.

Daß auch hier der Soldat beſondere Vorrechte genoß, und auf die Formen nicht zu achten brauchte, bedarf kaum einer Erwähnung [66].

Faſſen wir nun das Weſentliche dieſes Rechts zuſammen, und vergleichen es mit dem Recht der lebenden Kinder in der Gewalt, ſo zeigen ſich die Grundverſchiedenheiten auch jetzt noch deutlich genug. Vor allem iſt hier das Teſtament von Anfang an immer gültig, mag das Afterkind eingeſetzt oder übergangen ſein: dort war es gleich bei ſeiner Entſtehung nichtig, wenn der Sohn übergangen war. Wird das Afterkind geboren, ſo zerſtört ſeine Geburt das vorher wirkſame Teſtament, und eröffnet jetzt die Inteſtaterbfolge. Eine Ausnahme, die erſt ſpäter in großer Ausdehnung möglich gemacht wurde, macht die frühere Einſetzung oder Enterbung deſſelben. Iſt dieſe aber nicht geſchehen: ſo wird das Teſtament durchaus nichtig; und es iſt völlig gleichgültig, ob das Afterkind Sohn oder Enkel oder Tochter iſt, Dagegen blieb dort das Teſtament bei Kraft, wenn ein Enkel oder eine Tochter übergangen war.

Ulp. XXII. 18. Postumi quoque liberi *cujus-*,

---

66) L. 7. de test. milit. §. 6. J. de exhered.

cunque sexus omissi, *quod valuit testamentum, adgnatione rumpunt* [67]).

War das Teſtament aber einmal ſo zerſtört, ſo konnte es auch ſpäter nie wieder zu Kräften kommen: geſetzt auch das Afterkind ſtarb gleich nach ſeiner Geburt und noch vor dem Tode des Vaters [68]).

Endlich zerſtört das Hinzutreten des Afterkindes, wenn mehre Grade vorhanden ſind, nicht das ganze Teſtament, ſondern wieder nur die, in welchen es nicht gehörig bedacht iſt. Auch hier zeigt ſich indeß wieder ein Gegenſatz mit dem Recht des übergangnen Sohns. Denn bei dieſem wird der Grad gleich unmittelbar fehlerhaft gemacht, und iſt ſo vollkommen nichtig, daß er auch nicht die geringſte Wirkung auf folgende Grade haben kann, in denen der Sohn eingeſetzt oder enterbt iſt, welche daher gültig verfaßt werden. Hier hingegen wird der anfangs ganz

67) L. 3. §. 3. de inj. rupto (Ulp. lib. 3. ad. Sabin.) „Ex his apparet, aliam causam esse filiorum superstitum aliam posteriorum (Hal. postumorum): illi injustum faciunt, *hi rumpunt*«. illi semper, *hi, si nascantur* nec inveniant se exheredatos. Gaj. II. 131. Epit. II. 3. §. 2. §. 1. J. de exh. lib. Theoph. ad h. l. c. 1. C. de post. Ein intereſſantes Beiſpiel dieſes Gegenſatzes gewährt L. 3. §. 4. de inj. rupto vg. mit L. 7. de lib. et post.

68) c. 2. c. 3. C. de post. hered. L. 8. D. de lib. et et post.

wirkſame Grad erſt jetzt zerſtört, und macht der Inteſtaterbfolge Platz, welche immer eintritt, und alle folgenden Grade ausſchließt.

L. 15. de inj. rupto.

Ulpianus lib. 3. ad Sabinum. *Rumpendo* autem testamentum *sibi locum facere* postumus solet, quamvis *filius sequentem gradum*, à quo exheredatus est, *patiatur valere*.

Iſt z. B. der postumus im erſten Grade enterbt, im zweiten übergangen, im dritten eingeſetzt, ſo zerſtört er die beiden letzten Grade durch ſeine Geburt [69]).

69) L. 14. pr. L. 8. de lib. et post. L. 3. §. 6. L. 4. L. 5. de injusto rupto.

Digitized by Google

Zweites Buch.

Prätoriſche Erbfolge gegen das Teſtament.

Contra tabulas bonorum possessio.

---

§. 8.

Wenn irgendwo im bürgerlichen Rechte der Römer der Gegenſatz des alten ſtrengen Rechtes der XII Tafeln und ſeiner Ausbildung mit dem neuern mildern Rechte, welches der Prätor anerkannte und ſchützte, lebhaft hervortritt, ſo iſt es gerâde hier. Der civilen Erbfolge nach dem Teſtament hatte er eine secundum tabulas bonorum possessio an die Seite geſetzt, und jene in dieſe aufgenommen. Ebenſo ging in ſeinem Edicte der alten geſetzlichen Erbfolge die intestati bonorum possessio parallel. Da nun, wie wir geſehen haben, die Uebergehung des Sohns im Teſtament oder das Hinzutreten eines nicht bedachten Afterkindes Inteſtatſucceſſion zur Folge hatte, ſo ließe

Digitized by Google

ſich erwarten, auch hier habe der Prätor ſein Inteſtaterbrecht den Bittenden ertheilt, und nur dieſes nach ſeiner Billigkeit und dem Bedürfniſſe der Sitte gemäß erweitert und modificirt. Das that er aber nicht, ſondern ging weiter, und erfand eine neue dritte Erbfolge gegen das Teſtament.

Er verwarf nämlich, ſich mit ſeiner Zeit freier in mannigfaltigen Mittelſtufen bewegend, die einfache Anſicht der Alten, die von voller Gültigkeit eines Rechtsgeſchäftes unmittelbar auf gänzliche Nichtigkeit deſſelben überſprang. Er erkannte das nach Civilrecht ungültige Teſtament, welches materiel und factiſch am Ende doch immer vorhanden war, obgleich es formel und juriſtiſch nichts galt, als gültig an, und beſchränkte blos dieſe Gültigkeit bis auf einen gewiſſen Punkt, freilich oft ſo ſehr, daß ſie der gänzlichen Nichtigkeit nahe kam.

Auf dieſer Anſicht des Prätors beruht die *contra tabulas bonorum possessio,* welche immer ein der Form und dem Inhalt nach gültiges Teſtament vorausſetzt, deſſen Wirkung aber theilweiſe ſuspendirt, oder in gewiſſem Sinne aufgehoben werden ſoll. Es ſind geſchriebne Erben vorhanden und werden auch als ſolche anerkannt. Nur wird ihnen der präterirte Sohn vorgezogen vom Prätor, zwar nicht als wirklicher Erbe ſondern nur als bonorum possessor. Macht

er keinen Gebrauch von dem Vorrechte, das ihm der Prätor darbietet, ſo ertheilt derſelbe den geſchriebnen Erben die gewöhnliche secundum tabulas possessio.

So ſehr aber auf der einen Seite dieſes prätoriſche Syſtem von der Art, wie das Civilrecht die Sache betrachtete, verſchieden iſt, ſo ſchloß es ſich auf der andern Seite doch wieder eng an dieſes an. Das letztere nämlich eröffnete Inteſtaterbfolge, und rief zunächſt die *suos heredes* zur Erbſchaft, und waren dieſe nicht vorhanden, die Agnaten. Der Prätor gab freilich nicht die intestati bonorum possessio, aber auch nicht die secundum tabulas, welche er einſtweilen ſuspendirte, ſondern eben die *contra tabulas*. In dieſer berief er aber dieſelben Perſonen, welche in ſeiner Inteſtaterbfolge an der Spitze ſtanden, die *sui et emancipati*, zur Erbſchaft. Die letztern ſtanden aber grade den suis des Civilrechts parallel gegenüber: und ſo waren die Perſonen, welche die Erbfolge gegen das Teſtament erhielten, die prätoriſchen Inteſtaterben des erſten Grades.

So haben wir drei prätoriſche Erbfolgen erhalten; vor allen die *intestati bonorum possessio* als Regel. Sie findet immer Statt, wenn der Verſtorbene kein Teſtament gemacht hat. Hat er dieß aber gethan, ſo wird ſein letzter Wille geſchützt durch die *secundum tabulas bon. possessio*. Endlich kann er aber beſonderer

Umſtände wegen zwar anerkannt, aber nur zum Theil geſchützt und weſentlich ſuspendirt werden: ſo daß die Erbfolge gegen dieſen Willen angeboten wird: *Contra tabulas bonorum possessio.* Dabei wird gewiſſer Maßen der erſte Ordo der Inteſtatſucceſſion *Unde liberi* hervorgezogen, und an die Spitze des ganzen prätoriſchen Erbfolgeſyſtems geſetzt, als Ausnahme von der Regel der secundum tabulas possessio. Sie iſt offenbar wie dieſe eine teſtamentariſche Succeſſion, da ſie ein Teſtament vorausſetzt, und ohne dieſes gar nicht beſtehn kann, hat aber ihrem Inhalte nach einen Theil der Inteſtaterbfolge in ſich aufgenommen [70]). Tritt dieſe *contra tabulas possessio*, wie das meiſtens der Fall ſein wird, nicht ein, oder wird ſie nicht benutzt, ſo bietet der Prätor die *secundum tabulas* an. Fällt auch dieſe weg, ſo bleibt die *intestati* bonorum possessio übrig, und der Ordo:

---

70) Man darf ſich übrigens dieſe B. P. gar nicht als eine Klage denken, die man gegen das Teſtament anſtellt, wie dieß Geßner l. c. S. 20. zu thun ſcheint. Ebenſo hält Geßner ſowohl S. 17. als Valett l. c. S. 45. ſie für eine Inteſtatſucceſſion, was in unſern Tagen fürwahr etwas arg iſt, und ſich kaum durch ein ähnliches Verſehen Kaiſer Leos, welches ſehr leicht erklärlich iſt, entſchuldigen läßt. Vg. c. 17. C. de Collat. Koch weiß ſich freilich auch nicht zu helfen S. 124. u. f.; deſto beſſer dagegen Förſter S. 382.

Unde liberi iſt wieder zunächſt offen, aber jetzt in anderm Sinne.

Dieſes Alles wird erſt in dem Einzelnen der Lehre ſelbſt ganz klar werden. Hier nur noch einige Hauptſtellen zur Beſtätigung des Geſagten.

L. 1. §. 2. 5. Si tabulae test. nullae.

Ulpianus lib. 44. ad edictum. Ita autem *ab intestato* potest competere bonorum possessio, si *neque secundum tabulas, neque contra tabulas* bonorum possessio agnita sit. — Recte autem Praetor a liberis initium fecit ab intestato successionibus: ut *sicuti contra tabulas* ipsis defert, *ita et ab intestato* ipsos vocet.

L. 1. §. 1. Quis ordo in poss.

Modestinus lib. 6. Pandect. Sive tabulae testamenti non exstent, sive *exstent*, si secundum eas, vel *contra eas* bonorum possessionem *nemo accepit*. intestati detur bonorum possessio.

L. 2. Si. tab. test. nullae.

Julianus lib. 27. Digest. Emancipatus praeteritus, si *contra tabulas* bonorum possessionem *non acceperit, et scripti heredes adierint hereditatem*, sua culpa amittit paternam hereditatem: nam quamvis secundum tabulas bonorum possessio petita non fuerit, non tamen eum Praetor tuetur, ut bonorum possessionem accipiat *unde liberi*.

Digitized by Google

Hier finden wir alle drei Erbfolgen. Zuerſt ward dem Emancipatus die contra tabulas possessio angeboten; er verſäumte ſie aber: und ſo konnten die geſchriebnen Erben die secundum tabulas erhalten. Aber auch ſie ſchlugen dieſelbe aus, und ſo wurden die liberi in der intestati possessio gerufen, von denen aber jener Emancipatus jetzt ausgeſchloſſen war.

Ebenſo L. 7. §. 6 de Carbon. edicto.

Julianus Lib. 24. Digest. Interdum etiam exheredatus filius ex Carboniano decreto bonorum possessionem accipiet, si *non contra tabulas* petit bonorum possessionem, *sed ab intestato unde liberi:* quia neget tabulas testamenti patris tales esse, ut *secundum eas* bonorum possessio dari possit, et dicatur non esse filius.

Endlich iſt auch noch die Ordnung der Digeſten und des Edicts zu beachten. Auf den Titel: *si tabulae testamenti exstabunt* folgt die contra tabulas, dann die secundum tab. possessio. Hernach beginnt die intestati mit dem Titel: *si tabulae testamenti nullae exstabunt* [71]).

---

71) Vg. Ulp. XXVIII. 1. »Bonorum possessio datur aut contra tabulas testamenti, aut adversus tabulas intestati.« So lieſt die Handſchrift. Mit Recht ſetzte Cujas *aut* hinein vor intestati. Aber auch *adver-*

§. 9.

Im Allgemeinen iſt ſchon bemerkt worden, daß die contra tab. bon. possessio denſelben Perſonen angeboten werde, die im Ordo: *Unde liberi* zur Erbſchaft eingeladen ſind. Unter dieſen erſcheinen zuvörderſt wieder die *sui*, ſowohl Sohn als Tochter, natürliche und künſtliche Kinder, wenn ſie nur in unmittelbarer Gewalt des Erblaſſers ſtehn [72]). Doch war ihnen dieſe bonorum possessio nicht nothwendig, da das Civilrecht hinlänglich für ſie geſorgt hatte. Wohl aber bedurften derſelben alle Kinder, welche nicht in der Gewalt ſtanden, aber den suis vom

---

sus darf nicht ſtehn bleiben. Es bedarf des techniſchen Ausdrucks *secundum*. Vg. §. 5. Die Aenderung iſt auch nicht ſo gewagt, als ſie auf den erſten Blick ſcheint. Der ſchlechte Abſchreiber fand in ſeiner Handſchrift sdū oder scdū, las adū was in Gajus als Sigle für adversus vorkommt, vg. S. 420., und ſchrieb gedankenlos adversus hin. Vg. noch beſ. §. 3. J. de bon. poss. und Theoph. ad h. l. L. 2. pr. de bon. poss. sec. tab. L. 5. pr. de dotis collat. L. 7. §. 6 de Carbon. edicto.

72) L. 1. pr. h. t. (de bon. poss. contra tabulas). (Ulp. lib. 36. ad Edict.) »In contra tabulas bon. possessione *liberos* accipere debemus, sive naturales sive adoptivos, si neque instituti neque exheredati sunt.« L. 1. §. 5. 6. si tab. test. nullae.

Digitized by Google

Prätor gleich geſetzt wurden, namentlich die Emancipirten.

Für dieſe war unſre Erbfolge ganz beſonders angeordnet, und hier zeigt ſich ihre eigentliche Natur am deutlichſten und wirkſamſten. Wenn ich daher auch überzeugt bin, daß den prätoriſchen Erbfolgen das Civilrecht zum Grunde liegt, und ſie zunächſt nur eine Beſtätigung und Erweiterung des letztern ſind [73]), ſo möchte ich dieß hier gerade in Abrede ſtellen. Ohne die Rückſicht auf dieſe aus der Gewalt getretnen Kinder wäre es vermuthlich bei den beiden andern prätoriſchen Erbfolgen geblieben, ſowie noch ſpäter der übergangne Sohn in der Gewalt auch nach prätoriſchem Rechte einem Inteſtaterben gleich ſtand, und ein viel beſſeres Recht hatte, als der emancipirte Sohn [74]).

Die emancipirten Kinder ſind indeß nicht die einzigen, die außer den suis gerufen werden, ſondern auch alle übrigen, welche entweder nie in der

---

73) Man ſehe von Löhrs Bemerk. über die Bon. Possessio im Magazin für Rechtswiſſenſchaft und Geſetzgebung. B. III. S. 250 ff.

74) Ulp. XXVIII. 2. »Contra tabulas bonorum possessio datur *liberis emancipatis*, testamento praeteritis.« Unrichtig iſt die Darſtellung bei Gans Scholien zum Gajus. S. 317.

Gewalt waren, oder aus derſelben herausgetreten ſind, inſofern ſie möglicher Weiſe zur Zeit des Todes des Erblaſſers doch in ſeiner Gewalt ſtehn könnten. So z. B. die Wittwe, die in ſtrenger Ehe gelebt hat, wird zur Erbſchaft ihres Vaters berufen; ebenſo das Kind, welches nebſt ſeinem Vater mit dem Bürgerrecht beſchenkt wurde, aber nicht zugleich in deſſen Gewalt gekommen iſt, ferner die Kinder der Emancipirten, wenn ihre Eltern ausgefallen ſind [75]) u. ſ. f. An uneheliche Kinder aber iſt auch hier nicht zu denken, weil ſie keinen Vater haben, und alſo auch nicht fingirt werden kann, ſie ſtehen in der Gewalt ihres Vaters.

Die Adoptivkinder werden, ſo lange ſie in der Adoptivfamilie bleiben, als ächte Kinder ihres neuen Vaters betrachtet, und ſtehn dieſen ſowohl nach Civil als nach prätoriſchem Recht gleich. Treten ſie aber irgendwie heraus, ſo verlieren ſie da-

---

75) Gaj. III. 20. Coll. Leg. Mos. et Rom. XVI. 7. L. 1. §. 6. 9. L. 2. h. t. L. 3. pr. eod. (Ulp. lib. 39. ad Edict.) »Non tantum autem ipsi emancipati admittuntur ad bonorum possessionem, verum etiam hi quoque, qui ex his nati sunt.« L. 6. §. 1. h. t. (Paul.) »Quod si et filium et nepotem emancipaverit, vivente quidem filio, nepos non veniet, post mortem autem ejus, ad bonorum possessionem ejus veniet.« L. 3. §. 5. L. 6. pr. L. 21. §. 2. h. t.

Digitized by Google

durch alles Recht an den Adoptivvater, und werden keineswegs wie deſſen natürliche emancipirte Kinder vom Prätor geſchützt [76]).

Ganz anders iſt ihr Verhältniß zum natürlichen Vater. So lange ſie nämlich Glieder der Adoptivfamilie ſind, iſt alle Verbindung mit jenem aufgehoben. Denn auch ſie könnten ja auf keine Weiſe zur Zeit des Todes ihres natürlichen Vaters in deſſen Gewalt ſtehn, da ſie einer andern Gewalt unterworfen ſind, die keine zweite neben ſich duldet. Dieſes betrifft ſowohl die Kinder, welche vom Vater ſelbſt in Adoption gegeben wurden, als die, welche ſich nach ihrer Emancipation arrogiren ließen, und ebenſo die Frauen in der ſtrengen Ehe. Wird aber dieſe neue Familienverbindung zerſtört, ſo fällt die Scheidewand zuſammen, welche Vater und Kind trennte, und das natürliche Verhältniß zwiſchen ihnen wird erneuert. Dieſe Kinder ſtehen dann den blos Emancipirten ganz gleich [77]).

---

76) Gaj. II. 136. Ulp. XXVIII. 3. §. 4. J. de exher. lib. §. 12. J. de hered., quae ab int. L. 4. L. 1. §. 6. Si tab. test. nullae. L. 21. §. 2. h. t.

77) Gaj. II. 137. »Qua ratione accidit, ut ex diverso, quod ad naturalem parentem pertinet, quamdiu quidem sint in adoptiva familia, extraneorum numero habeantur: [cum vero emanci]pati fuerint [ab

In einigen Fällen läßt ſich zweifeln, ob das Edict gewiſſe Perſonen zur bon. possessio rufe. Da bedurfte es denn nach der Anſicht mehrer Juriſten immer eines beſondern Decrets, welches der Prätor auf dem Tribunal ertheilte, nachdem er die Sache unterſucht hatte [78]. Dieß war wenigſtens am ſicherſten, obgleich andere auch ohne Decret die bloße Ertheilung der bon. possessio für hinreichend hielten. Dahin gehört z. B. folgender Fall. Ein emancipirter Sohn erzeugt nach der Emancipation einen Sohn, emancipirt dieſen, und läßt ſich arrogiren. Er ſtirbt vor ſeinem natürlichen Vater, und übergeht ſeinen Sohn im Teſtament. Ebenſo übergeht auch der Großvater den Enkel. Gegen beider Teſtament muß der Uebergangne beim Prätor um ein Decret nachſuchen; gegen das des Vaters, weil außer der Emancipation, deren Wirkung das Edict aufhebt, derſelbe noch in eine fremde Familie übertrat [79]; gegen das des Großvaters, weil zwiſchen

adoptivo patre, tunc incipiant] in ea causa esse, qua futuri essent, si ab ipso naturali patre [emancipati] fuissent.« Ulp. l. c. L. 1. §. 6. L. 3. §. 6. L. 6. §. 4. h. t. L. 4. si tab. test nul.

78) L. 1. §. 8. de bon. poss.

79) L. 17. L. 3. §. 8. 9. h. t.

Digitized by Google

beide eine doppelte Emancipation getreten iſt, das Edict aber eigentlich nur eine entkräftet [80].

Auf ähnliche Weiſe erhält auch der Enkel gegen das Teſtament ſeines emancipirten Vaters eine bonorum possessio, obgleich er in der Gewalt des Großvaters zurück blieb und in einer andern Familie iſt, als ſein Vater. Er erhält ſie ſelbſt dann, wenn der Großvater noch lebt, mithin in einer Lage, wo er, wäre ſein Vater auch nie emancipirt worden, doch nicht deſſen suus ſein könnte. Die Billigkeit des Prätors aber in dieſem Falle iſt einleuchtend. Wäre keine Emancipation vorgefallen, ſo könnte der Vater ja auch nicht teſtiren [81].

Endlich ſind auch die **Afterkinder** zur c. t.

---

80) So glaube ich, laſſe ſich L. 14. §. 1. h. t. gegen Förſter S. 197 vertheidigen, ohne daß man nöthig hat, dem Juriſten Ungenauigkeit des Ausdrucks vorzuwerfen. Die hieher gehörige Stelle lautet ſo: (Africanus lib. 4. Quaest.) »Item si filius emancipatus, sublato filio et emancipato, adrogandum se dederit, et mortuo adoptivo patre decesserit; *et contra patris et contra avi tabulas ex decreto* hunc admitti minime dubitari debere: ne alioquin ab omnium bonis excluderetur.« Vg. *Cujac.* Tractat. IV ad African.

81) L. 7. L. 21. pr. L. 6. §. 2. 3. h. t. L. 4. de conj. cum emanc. L. 5. §. 1. L. 6. si tab. test. nullae.

bon. possessio gerufen [82]). Der Prätor erkannte den civilen Grundſatz: agnatione postumi testamentum rumpitur nicht an in ſeinem Syſtem. Das Teſtament wurde durch ihn ſo viel möglich aufrecht erhalten. Dagegen ſtellte er die Afterkinder mit den übrigen Kindern in dieſelbe Reihe, und gab auch ihnen, wenn ſie übergangen waren, die bon. possessio gegen das Teſtament [83]). Waren ſie sui, ſo brauchten ſie freilich dieſen Theil des Edicts gar nicht zu benutzen, ſondern konnten ihr Recht als civile Inteſtaterben behaupten; gehörten ſie aber zu den Emancipirten, z. B. Enkel von einem aus der Gewalt getretnen Sohn, ſo fanden ſie nur beim Prätor Hülfe [84]). Uebrigens iſt wohl zu berückſichtigen, daß ſehr viele Fälle, wo nach Civilrecht Afterkinder vorkommen, hier gänzlich wegfallen. Der Prätor ſieht nämlich bei ſeiner Erbfolge faſt immer nur auf die Zeit des Todes des Erblaſſers, wogegen jenes beſonders auch die der Teſtamentserrichtung

82) L. 1. § 5. 2. 3. L. 4. §. 3. h. t. c. 2. C. eod.

83) Gaj. II. 147. 148.

84) L. 1. §. 11—13. de ventr. in poss. mitt. vgl. mit L. 1. §. 6. de conj. cum emanc. lib. §. 26. J. de legatis. pr. J. de bon. poss.

im Auge hat [85]. Daraus geht hervor, daß alle Kinder, welche vor dem Tode des Vaters in deſſen Gewalt kommen, ſei es durch Geburt oder auf andere Weiſe im Sinne des prätoriſchen Rechtes keineswegs Afterkinder ſind. Wurden ſie im Teſtament übergangen, ſo können ſie jetzt nebſt den übrigen lebenden Kindern, von denen ſie ſich auf keine Weiſe unterſcheiden, die c. t. bon. possessio erhalten. Wohl aber ſind auch hier die, welche zur Todeszeit des Vaters noch im Mutterleibe ſich befinden, wahre Afterkinder. Dieſe ſchützt der Prätor noch ganz beſonders durch ein eignes Rechtsmittel. Er weiſt nämlich der ſchwangern Mutter den Beſitz und Genuß der Erbſchaftsgüter an. Darin beſteht nämlich die bekannte *bonorum possessio ventris nomine*, die man durchaus nicht als eine Erbfolge anſehen darf. Sie iſt ein bloßes proviſoriſches Rechtsmittel, welches dem zukünftigen bonorum possessor bedeutende Vortheile gewährt, namentlich Sicherung des Vermögens, und ihm ſo die

---

85) Vg. L. 3. §. 10. h. t. (Ulpianus). »Liberi, qui institui heredes jure non possunt, nec. c. t. b. possessionem petere possunt. Haec autem verba: institui jure non possunt, ad *mortis tempus* referuntur.« L. 6. §. 4. eod.

prätoriſche Erbfolge deſto annehmbarer macht, da das Civilrecht von dieſem Schutze nichts weiß [86].

§. 10.

Wurde eine der aufgezählten Perſonen nun weder gehörig eingeſetzt, noch ordentlich enterbt, ſo wird ſie als übergangen betrachtet, und erhält die Erbfolge gegen das Teſtament. Die Bedingungen der Erbeinſetzung und Enterbung ſind im Ganzen dieſelben, welche wir ſchon oben im Civilrecht angetroffen haben. Jene muß ebenſo wie dort, direct geſchehn [87]). Dagegen braucht ſie keineswegs unbedingt angeordnet zu werden. Jede Bedingung, ſelbſt die, welche nicht in der Macht des Sohnes ſteht, iſt gültig, und ſchwächt die Kraft der Einſetzung nicht. Der ſo zum Erben ernannte Sohn ſucht um die secundum tabulas bon. possessio beim Prätor an. Tritt nun ſpäter die Bedingung ein, ſo bleibt Alles in der Ordnung; fällt ſie aber aus, und ſtand ihre Erfüllung nicht in der Willkühr des Sohnes, ſo iſt er erſt von dieſem Augenblick an

---

86) L. 1. pr. §. 11. 17. L. 3. L. 9. L. 7. pr. L. 10. de ventre in poss. misso. Vg. Förſter S. 242—258.

87) L. 16. L. 3. §. 15. h. t. L. 27. §. 12. ad SCtum Trebelli.

eigentlich übergangen, und die *secundum tabulas* b. p. wird von ſelbſt zur *contra tabulas*.

L. 2. §. 1. de bon. poss. sec. tab.

Ulpianus lib. 41. ad Edictum. Si sub conditione heres institutus filius sit, Julianus peraeque putavit, *secundum tabulas* competere ei, quasi scripto, bonorum possessionem, qualisqualis conditio sit, etiam si haec: si navis ex Asia venerit. Et quamvis *defecerit* conditio, Praetor tamen filium, qui admiserit secundum tabulas, tueri debebit, *ac si contra tabulas acceperit*: quae tuitio ei, qui emancipatus est, necessaria est [88].

Bei der Enterbung finden wir ebenfalls den Gegenſatz zwiſchen *nominatim* und *inter ceteros*. Doch weicht das Edict inſofern vom Civilrecht ab, daß es nicht wie dieſes zwiſchen dem Sohn auf der einen und allen übrigen Kindern auf der andern Seite unterſcheidet. Sondern wie nach Civilrecht bei den Afterkindern ſollen hier alle Kinder männlichen Geſchlechts nur mit individueller Bezeichnung, *nominatim* enterbt werden dürfen, nicht blos der Sohn, ſondern auch Enkel und Urenkel. Dagegen

---

88) L. 3. §. 12. 13. L. 18. pr. h. t. L. 5 pr. de bon. poss. sec. tab. wozu Förſter S. 292. Note 21. zu vergleichen iſt. L. 20. §. 4. de bonis libert.

alle weiblichen Kinder kann man auch allgemein *inter ceteros* enterben. Dieſe bedeutende Abweichung wird von den Neuern gewöhnlich ganz überſehn [89].

Darin ſtimmen beide Syſteme wieder vollkommen überein, daß die Enterbung an keine Bedingung geknüpft werden, noch blos zum Theil geſchehen darf. Geſchieht dieß dennoch, ſo wird ſie vom Prätor als Uebergehung angeſehen, gerade wie im Civilrecht [90].

§. 11.

Iſt nun ein Sohn oder eine Tochter im Teſtamente des Vaters übergangen worden, ſo iſt die *Bonorum possessio contra tabulas* eröffnet, und wird ſämmtlichen Kindern angeboten, die im Ordo unde liberi begriffen ſind. Weil ſie alle übrigen prätoriſchen Erbfolgen ausſchließt, ſo iſt es klar, daß nicht blos die übergangnen Kinder durch ſie geſchützt werden, ſondern eben ſo gut auch die zu Erben eingeſetzten, wenn jene einmal vorhan-

---

89) Ulp. XXII. 23. Gaj. II. 129. iſt zwar nicht mehr ganz zu entziffern, ſprach aber offenbar von dieſem Gegenſatz. Gaj. II. 135. §. 3. J. de exher. lib. c. 4. C. in m. de lib. praet.

90) L. 8. §. 2. 3. L. 18. pr. h. t.

Digitized by Google

den ſind: denn ſonſt kämen dieſe nicht zu der väterlichen Erbſchaft. Sie brauchen ſogar nicht einmal zu warten, bis ihre übergangnen Geſchwiſter den Prätor um Ertheilung der bonorum possessio gebeten haben, ſondern können dieſes ſelbſt thun [91]), in der den Kindern überhaupt anberaumten Friſt eines Jahres [92]). Wenn aber jene von dem Schutze des Prätors keinen Gebrauch machen wollen, und die Erbfolge gegen das Teſtament nicht antreten, ſo iſt auch kein Grund zu derſelben vorhanden. Das Teſtament muß wieder vollkommen aufrecht erhalten werden, und kann unmöglich durch die darin eingeſetzten Kinder unwirkſam gemacht werden. Ihre erhaltne *contra tabulas* possessio verwandelt ſich in eine *secundum tabulas* [93]). Iſt indeß die Erbfolge

91) L. 10. §. 6. h. t.

92) Ulp. XXVIII. 10. §. 4. J. de bon. poss. in fino.

93) L. 15. §. 1. de legat. praest. L. 14. pr. eod. (Ulp.) »Nonnunquam contra tabulas bonorum possessionem quis habet jure secundum tabulas bonorum possessionis: utputa heres institutus est emancipatus filius, alius emancipatus praeteritus: institutus accepit contra tab. bon. possessionem, praeteritus omisit: apertissimum est, ut cogatur omnibus perinde legata praestare, atque si commissum edictum non fuisset: nec enim occasio emancipati praeteriti debet institutum lucro adficere, cum praeteritus jure suo non utatur.«

gegen das Teſtament einmal eröffnet, ſo läßt der Prätor noch eine ganze Klaſſe von Perſonen mit den Kindern des ordo: Unde liberi daran Theil nehmen, nämlich die einer fremden Gewalt unterworfnen natürlichen Kinder des Erblaſſers, inſofern ſie von dieſem im Teſtament zu Erben eingeſetzt wurden. Auch hier will er daſſelbe ſoviel möglich aufrecht erhalten, und ehrt den letzten Willen des Vaters, der dieſe Kinder nicht wie ganz fremde Perſonen anſah, und zu ſeinem Nachlaſſe rief. Doch können ſie ſelbſt niemals die contra tab. possessio eröffnen, ſondern haben blos Theil daran, wenn dieß vorher durch andere geſchah [94]. Dieß gilt namentlich von Söhnen, die in Adoption gegeben wurden, oder Töchtern, welche in die manus des Mannes traten.

Enterbte Kinder werden niemals zugelaſſen. So wenig ſie ſelbſt das Edict angehn können, ſo wenig können ſie von dem eröffneten Gebrauch machen. Auch hier nimmt der Prätor wieder Rückſicht auf den Inhalt des Teſtaments. Iſt dagegen durch das Civilrecht die Inteſtaterbfolge eröffnet, ſo gibt es im Sinne deſſelben gar keine Enterbte, da auch

94) L. 8. §. 11—14. L. 11. pr. L. 10. §. 1. h. t. L. 1. §. 12. de ventre in poss. L. 1. §. 2. de conjung. cum emanc. lib.

kein Teſtament vorhanden iſt, und es werden alle sui gerufen, gleichviel ob in dem letzten Willen einige enterbt ſind oder nicht[95].

Da der Prätor in unſrer Erbfolge, wie ſchon der Name zeigt, den letzten Willen im Ganzen nicht befolgt, ſondern ihm zuwider die Kinder zur Erbſchaft ruft mit Ausſchließung der eingeſetzten Erben, wenn dieſe keine Kinder ſind, ſo dürfen alle Perſonen, welche an jener Theil nehmen wollen, *dieſen Willen durchaus nicht als gültig anerkennen*, noch demſelben auf irgend eine Weiſe Folge leiſten. Thun ſie dieſes, ſo verlieren ſie dadurch den Schutz des Edicts, ſelbſt wenn ſie übergangen ſind, und die gewöhnliche secundum tabulas possessio kommt zur Anwendung[96]. Iſt z. B. dem präterirten Sohne ein Legat hinterlaſſen worden, und nimmt er dieſes an, ſo iſt die Erbfolge gegen das Teſtament für ihn verloren.: ebenſo für den eingeſetzten Sohn, wenn er die Erbſchaft antritt. Eine ſehr intereſſante Stelle, die ſich hierauf bezieht iſt L. 15. h. t.

---

95) L. 8. pr. §. 5. L. 10. §. 5. h. t L. 25. pr. de leg. praest. L. 1. pr. §. 4. 5. de conjung. cum emanc. lib.

96) L. 3. §. 15. 16. h. t. L. 18. L. 5. §. 2. 4. de leg. praest. L. 30. de minorib. L. 10. §. 3. h. t. (Ulpianus) — »si quis legatum, si quis portionem sibi datam agnoverit, a contra tab. bon. possessione repellendus est.«

Marciauus lib. 5. regul. Si praeteritus filius emancipatus exceptionem doli mali agenti heredi patris opposuerit de eo, quod patri debuit, non posse eum contra tabulas bonorum possessionem petere existimo. nam hoc ipso quasi repudiavit bonorum possessionem: quod ita intelligendum est, si heredem petentem debitum noluerit filius repellere illa exceptione: *Si non contra tabulas bonorum possessio filio dari potest*, sed magis doli exceptione usus est [97].

Ein Vater überging ſeinen emancipirten Sohn, der ihm eine gewiſſe Summe ſchuldig war, im Teſtament, legirte ihm aber die Befreiung von dieſer Schuld. Jetzt belangt ihn der Erbe wegen der Summe, und er ſetzt ihm die exceptio doli mali entgegen. Dadurch beruft er ſich aber auf das Legat, erkennt dieſes als gültig an, und verliert daher jeden Anſpruch auf die Erbfolge gegen das Teſtament. Man könnte nun denken, er müßte, wenn er ſich dieſer bedienen wollte, die Schuld zahlen. Das wäre aber ſehr unbillig, da dieſelbe, erhält er die bon. possessio, doch von ſelbſt untergeht, wenigſtens für den geſchriebnen Erben. Er kann daher den klagenden Erben allerdings mit einer Exceptio zurückweiſen: *Si*

---

97) Eine ähnliche Stelle iſt L. 50. §. 6. de bon. libert.

non contra tabulas bonorum possessio filio dari potest. Dadurch beruft er ſich nicht auf das Legat, noch billigt er überhaupt des Vaters letzten Willen. Man könnte zwar ſagen, er erkenne doch den Erben als ſolchen an, indem er nicht einfach läugne, er ſei ihm auf keinen Fall etwas ſchuldig, ſondern eine exceptio entgegenſtelle. Allein in gewiſſem Sinne muß er es; denn der Erbe iſt wirklich Erbe nach Civilrecht, und es hängt nicht von dem Sohne ab, ihn als einen ganz Fremden anzuſehen. Denn unſere Stelle ſpricht von einem heres. Auf der andern Seite läugnet er es doch mittelbar, indem der Inhalt der Exceptio gerade darauf geht, in dieſer Hinſicht könne der Kläger nicht als Erbe angeſehn werden, da ſein Erbrecht durch die bon. possessio contra tabulas ſuſpendirt werde [98]. Wäre aber ein bloß prätoriſches Teſtament vorhanden, auf welches geſtützt ein bonorum possessor die Schuld einklagte, ſo könnte der Sohn der Klage leicht entgehn, indem

98) Die Gloſſe erklärt die Stelle zum Theil richtig. Wenn ſie aber ſagt: »Sed quid si ex causa pacti a patre iam opponatur doli exceptio? Respondeo, non per hoc approbat testamentum. Nam non sequitur, quod valeat testamentum,« ſo halte ich dieß für nicht richtig. Denn in dieſem Fall würde der Sohn die Erbeinſetzung des Vaters billigen, und ſie für ganz gültig erklären. Doch kann er gar nicht vorkommen, da

er jenen gar nicht als Erben, mithin nicht als Kläger anzuerkennen brauchte. Vielleicht konnte er ſich indeß auch dieſer exceptio bedienen, eben weil ihr Inhalt das Erbrecht des Klägers läugnet.

Wird jemand gezwungen, den letzten Willen ſeines Vaters zu billigen, in dem er übergangen iſt, oder gegen welchen er ſonſt eine c. t. b possessio bekommen könnte, ſo kann er ſpäter nichts deſto weniger die Erbfolge gegen das Teſtament erhalten. Z. B. der in Adoption gegebene Sohn tritt auf Befehl des Adoptivvaters die Erbſchaft des natürlichen Vaters an als geſchriebner Erbe. Nachher wird er emancipirt, und kann ſich nun der c. t. b. possessio bedienen, und ſo die Erbſchaft den Händen des Adoptivvaters entreißen[99]). Dieß kann indeß erſt weiter unten deutlich werden.

Dieſe vom Edict berufenen Kinder werden nun, wenn ſie daſſelbe benutzen, zwar nicht wahre Erben im ſtrengen Sinne, ſondern bloße bonorum possessores, prätoriſche Erben. Denn der Prätor kann

---

eine exceptio doli in dieſem Sinne weder gegen den Vater noch deſſen Erben dem Sohne ertheilt wird. Denn dieß wäre gegen die guten Sitten, und die dem Vater gebührende Achtung. Vg. L. 4. §. 16. de doli mali exc.

99) L. 10. §. 2. 3. h. t.

weder einen heres machen, noch wenn ein Erbe des Civilrechts vorhanden iſt, ihn in einen Nichterben verwandeln. Wohl aber ſtellt er ſeine possessores den Civilerben ſo viel möglich gleich, und gibt ihnen alle Rechte, welche dieſe am Nachlaſſe haben, inſofern ſie in ſeiner Machtvollkommenheit liegen, bonitariſches Eigenthum, indirecte, mittelbare Klagen aus Forderungen und Schulden u. ſ. w. [100]). Dieß im Einzelnen auszuführen, gehört nicht hieher, da es zum Charakter der bonorum possessio überhaupt gehört, welcher als bekannt vorausgeſetzt werden muß.

Wie wird nun aber der Nachlaß unter dieſe neuen Erben vertheilt? Ganz wie im Ordo: *Unde liberi* der bonorum possessio intestati, und hier geſchieht die Vertheilung wieder analog der der civilen Inteſtaterbfolge.

L. 1. §. 1. h. t.

Ulpianus lib. 39. ad Edictum. Vocantur autem ad contra tabulas bonorum possessionem liberi eo

---

100) Gaj. III. 32. IV. 34. Ulp. XXVIII. 12. »Hi, quibus ex successorio edicto bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur, beneficio praetoris. Ideoque seu ipsi agant, seu cum his agatur, fictitiis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur.« L. 13. pr. h. t. §. 2. J. de bon. poss. L. 1. L. 2. de bon. poss.

Digitized by Google

jure eoque ordine, quo vocantur ex jure civili [101]) Es wird in Stämme getheilt wie dort. Sind z. B. ein Sohn, zwei Enkel eines verſtorbenen Sohnes, und eine Tochter vorhanden, ſo erhält der Sohn $\frac{1}{3}$, jeder Enkel $\frac{1}{6}$ die Tochter $\frac{1}{3}$ der Erbſchaft. Iſt die Tochter im Teſtament eingeſetzt auf ein $\frac{1}{12}$, ſo erhält ſie dennoch, ſobald ſie die bon. possessio contra tab. antritt, den Drittel. Aber auch wenn ſie auf mehr als dieſen, z. B. auf den halben Nachlaß zur Erbinn ernennt war, bekommt ſie doch nicht mehr, als $\frac{1}{3}$, ſobald ſie dieſe Erbfolge wählt [2]).

Auch hier trat, wie im Inteſtaterbrecht ein beſondrer Fall ein, wenn zugleich ein emancipirter Sohn mit Enkeln, die in der Gewalt des Großvaters zurück geblieben waren, zuſammentraf. Die letztern konnten nicht ausgeſchloſſen werden durch ihren Vater, weil das Civilrecht ſie unmittelbar als sui zur Erbſchaft rief: eben ſo wenig der Emancipirte. Daher hatte Salvius Julianus ein neues Capitel ins Edict geſetzt, *de conjungendis cum emancipato liberis*, wodurch er dieß Verhältniß beſtimmte. Sohn

101) L. 11. §. 1. h. t. L. 4. §. 1. L. 6. §. 1. eod. L. 1. §. 5. si tab. test. nullae. c. 17. C. de collat. L. 1. §. 9. de conjung. cum emanc.

2) L. 8. §. 14. h. t. L. 5. §. 1. de leg. praest. L. 1. §. 3. de collat.

Digitized by Google

und Enkel ſollen zuſammen einen Kopftheil erhalten, und dieſen ſo unter ſich theilen, daß jener die eine, dieſe die andere Hälfte nehmen [103]). Sind z. B. ein Sohn in der Gewalt A, ein Enkel in der Gewalt B von einem verſtorbenen Sohne her, ein emancipirter Sohn C, und von dieſem zwei Enkel, die in der Gewalt des Großvaters geblieben ſind D und E vorhanden, welche alle zur bon. poss. c. t. gerufen werden, ſo erhalten A und B jeder $\frac{1}{3}$, C, D, E zuſammen $\frac{1}{3}$, ſo daß C $\frac{1}{6}$, D $\frac{1}{12}$ und E $\frac{1}{12}$ bekommt.

Wäre die Vertheilung des Nachlaſſes unter Kinder in der Gewalt und Emancipirte ſo einfach geblieben, ſo hätten dieſe einen bedeutenden und ſehr unbilligen Vorzug vor jenen gehabt. Sie konnten ſich nach der Emancipation ein großes Vermögen erworben haben, welches ſie jetzt noch mit der väterlichen Erbſchaft vermehrten. Dagegen der Sohn in der Gewalt, der doch nach Civilrecht allein zu jener berufen war, hatte alles, was er erworben, z. B. eine reiche Erbſchaft, nicht in ſein, ſondern des Vaters Vermögen gebracht, und mußte nun dieſes mit dem Bruder gleichmäßig theilen. Um dieſer Unbilligkeit abzuhelfen, verordnete der Prätor, die emancipirten Kinder

103) L. 1. pr. §. 11. de conj. cum emanc. lib. L. 1. §. 13. de ventre in possess. mitt. Vg. Förſter S. 259—272.

ſollen ihr Vermögen zu der Erbſchaft ſchlagen, und mit den Geſchwiſtern in der Gewalt theilen. Ebenſo müſſen Töchter ihre Dos beitragen. Eine ſolche **Beiſteuer** findet indeß nur dann ſtatt, wenn die Kinder in der Gewalt durch das vom Prätor geſtattete Hinzutreten eines Emancipirten Schaden erleiden, und zwar immer nach Verhältniß dieſes Schadens[104]). Sie bezieht ſich daher nur auf die Kinder in der Gewalt auf der einen und nur die Emancipirten auf der andern Seite, welche die eigentliche bonorum possessio contra tabulas oder ab intestato erlangt haben, nicht aber ſonſt etwa als eingeſetzte Erben vom Prätor geſchützt werden, noch ſich auf das bloße Civilrecht berufen. Dieſes weiß nichts von einer ſolchen Beiſteuer: und grade darin liegt ein beſonderes Reizmittel des Prätors, um den Suis ſeine Erbfolge annehmbar zu machen [5]). Sind z. B. zwei Söhne in der Gewalt, und zwei Emancipirte, von denen der eine 600, der andere 1200 in ſeinem Vermögen hat: ſo erhält jeder von ihnen ¼ des väterlichen Nachlaſſes, außerdem jeder der beiden erſten von dem einen Bruder 200, von dem andern 400. War

104) L. 1. pr. §. 5. de collat. bon.

5) L. 10 de collatione bon. L. 1. §. 3. 7. eod. L. 3 de dotis collat. c. 1. c. 4. C de collat.

Digitized by Google

jener Viertheil = 1000, ſo bekommen ſie, jeder 1600, der eine Bruder 1200, der andere 1400 [106]). Tritt die oben erwähnte Clauſel Julians ein, ſo muß der Vater nur ſeinen Kindern, die in der Gewalt zurück geblieben ſind, nicht den Brüdern beiſteuern; denn nur jene, nicht aber dieſe haben durch ſeinen Beitritt Schaden erlitten [7]). Das einzelne dieſer Beſtimmungen, und namentlich die Veränderungen, die ſie durch Juſtinian erlitten, zu durchgehen, liegt außer meiner Abſicht; da die Lehre von der Collation überhaupt eine neue durchgreifende Bearbeitung erfordert. Hier genügt es noch zu erwähnen, daß dieſe Beiſteuer keine Bedingung der bon. poss. c. t. iſt, ſondern eine nothwendige Folge derſelben [8]).

§. 12.

Bis jetzt haben wir nur die neuen prätoriſchen Erben im Auge gehabt. Es frägt ſich aber noch beſonders, was aus dem Teſtament, und ſeinem Inhalt werde. Daß es nicht gänzlich zerſtört, ſon-

---

106) L. 3. §. 2. L. 1. §. 24 de collat.

7) L. 1. §. 14 de conjung. cum emanc. L. 3. §. 6 de collat.

8) L. 3 pr. de collat. Im Allgemeinen verweiſe ich auf Francke civil. Abhandlungen. Götting. 1826. No. 4. Grundzüge der Lehre v. d. Collat. S. 176 ff.

Digitized by Google

dern blos ſuspendirt werde, haben wir ſchon oben geſehn. Ebenſo wurden einige Wirkungen, die es immer noch äußert, angegeben. Dieſe Gültigkeit des Teſtaments wird ſogar vorausgeſetzt, und ohne ſie iſt keine bon. poss. c. t. denkbar, wie ebenfalls gezeigt wurde. Doch darf man hier auch nicht zu weit gehn. Es läßt ſich nämlich ſehr leicht denken, daß der geſchriebene Erbe, welcher weiß, daß ihm die Erbſchaft doch von dem präterirten Sohne entriſſen wird, dieſelbe gar nicht antritt, und ſo das Teſtament unwirkſam macht. Hier würde nun die Inteſtaterbfolge eigentlich eintreten müſſen. Aber der Prätor, um den letzten Willen einiger Maßen doch zu ſchützen, und nicht die ganze Erbfolge gegen das Teſtament in die Willkühr des geſchriebnen Erben zu legen, ertheilte ſie auch in dieſem Falle gleichſam gegen das bloße Holz, die Tafel, das Papier, worauf der letzte Wille geſchrieben war, ſobald nur ein Erbe daraus hätte antreten können.

L. 19. h. t.

Tryphoninus lib. 15. disputationum. Quod vulgo dicitur, *liberis datam bonorum possessionem contra lignum* esse; sic intelligendum est, ut sufficiat, exstitisse tabulas mortis tempore patris, ex quibus vel adiri hereditas, vel secundum eas bonorum possessio *peti potuit*, quamvis neutrum

eorum postea secutum sit, vel sequi potuerit et rell. [109]).

So weit nun aber die prätoriſche Erbfolge gegen das Teſtament reicht, ſo weit hemmt ſie die Wirkung deſſelben; fällt ſie weg, ſo tritt ſeine Kraft in ihrer vollen Gültigkeit wieder ein. Sind mehre Grade vorhanden, ſo gilt ſie nur gegen den Grad, in welchem ein Kind übergangen iſt, ähnlich wie im Civilrecht. Die übrigen bleiben ſtehn [10]). Ebenſo wird die Gültigkeit der Pupillarſubſtitution erhalten, ſelbſt wenn ſie auf dem Grade beruht, in welchem ein emancipirter Sohn übergangen iſt. Anders iſt es bekanntlich nach Civilrecht [11]).

Die Erbeinſetzung alſo vor allen fällt weg, und an die Stelle des geſchriebnen Erben treten die Kinder als bonorum possessores. Von einer

109) Die Lesart »lignum« ſoll Ronchegall zuerſt aus der Florentina bekannt gemacht und an die Stelle des ſinnloſen »legem« geſetzt haben. Vg. Koch Bon. Poſſ. S. 4. Statt »potuerit,« wie die Vulgata und Hal. richtig leſen, hat die Flor. «potuit.« Ueber die Sache ſelbſt vg. L. 4 pr. L. 8. §. 5 h. t. L. 3. §. 7. L. 4 de leg. praest.

10) L. 8. §. 1. 4. 5. h. t. L. 10. §. 2 de leg. praest. L. 1. §. 6. 7. de ventre in poss. L. 20. §. 2. h. t.

11) L. 5 pr. de leg. praest. L. 34. §. 2. L. 35 de pupill. et vulg. subst. L. 2. pr. eod. Eine Ausnahme dieſer Regel findet ſich L. 22. eod. L. 5. §. 4. de legat. praest.

Ausnahme wird ſogleich die Rede ſein. Die **Vermächtniſſe** nämlich werden keineswegs alle zu nichte gemacht, ſondern ein großer Theil, praktiſch angeſehn gewiß in den meiſten Fällen der bedeutendſte Theil derſelben, bleibt ungefährdet ſtehn, und die neuen prätoriſchen Erben ſind verpflichtet ſie zu leiſten. Denn alles, was der Erblaſſer an **Legaten** oder **Fideicommiſſen** ſeinen **Kindern** und **Eltern** vermachte, muß gehörig entrichtet werden; und es kömmt gar nicht darauf an, ob der eingeſetzte Erbe die Erbſchaft angetreten habe, oder eine bonorum possessio gegen die Tafel gegeben wurde [112]).

L. 3. §. 7. de leg. praest. (Ulpianus Lib. 40 ad Edict.) L. 4. eod. (Julianus lib. 23 Dig.)

Ea autem legata sola praestant qui contra tabulas bonorum possessionem accipiunt, quae *utiliter* data sunt, verum idcirco non debentur, quod filius contra tabulas bonorum possessionem accipit; (L. 4) cum propter hoc plerumque scripti heredes omittant hereditatem, cum scirent, emancipatum aut petiisse aut petiturum contra tabulas bonorum possessionem. Die gewöhnlichen Ausgaben ſetzen vor verum einen

---

112) L. 20. §. 2 h. t. c. 1. C. eod. Beſonders günſtig wird ein ſolches Legat noch interpretirt in L. 46 pr. de Usufructu et quemadm.

Punkt; noch in der Gebauerſchen Ausgabe findet ſich ein Colon. Beides iſt falſch, da die darauf folgenden Worte unmittelbar mit den vorigen verbunden werden müſſen. Der Sinn iſt nämlich offenbar der: Nur diejenigen Legate werden geleiſtet, welche ſonſt vollkommen gültig ſind, und nur deswegen bedroht werden, weil eine c. t. bon. possessio erfolgt. Sie müſſen ſelbſt dann bezahlt werden, wenn der geſchriebne Erbe aus dieſem Grunde die Erbſchaft nicht antritt. Dagegen ſind ſie z. B. in ſich nichtig oder die Erben vor dem Erblaſſer verſtorben, ſo werden ſie nicht geleiſtet[113]. Dieſes wurde ſpäter von den Juriſten auch auf die Schenkungen Todes halber ausgedehnt[14]. Ja man ging noch weiter, und ſchützte ſelbſt die Erbeinſetzungen ſolcher ausgenommenen Perſonen. Auch hier ſcheint beſonders Julianus Einfluß gewirkt zu haben, und ſeine Anſicht beſtätigte der Kaiſer Antoninus Pius durch ein Reſcript[15]. War alſo ein Kind zum Er-

113) Vg. L. 10. fin. L. 11. L. 12. L. 13. de leg. praest. Auch Cujas hat ſich durch die falſche Interpunction täuſchen laſſen, und erklärt die Stelle ſehr gezwungen. Comment. ad. tit. D de leg. praest.

14) L. 18. §. 1. h. t. L. 3. pr. de legat. praest. Vg. Haſſe im Rhein. Muſ. Bd. II. S. 356.

15) L. 5. §. 6. 7. L. 7. L. 3. §. 1. de leg. praest.

den eingeſetzt, ein anderes übergangen, ſo ſtand jenem die Wahl frei, ob es die Erbfolge gegen das Teſtament antreten, oder ſeinen Theil vom Prätor ſchützen laſſen wolle. Zieht es das letztere vor, ſo wird es freilich meiſtens dabei verlieren, da es aufs höchſte ſeinen vom Erblaſſer beſtimmten Theil bekommen kann, und nach dieſem Verhältniß ſelbſt an Fremde die Vermächtniſſe zahlen muß[116]). Doch iſt das letztere nicht unbeſtritten, indem manche alte Juriſten eine andere Meinung verfochten, nach welcher es nur den ausgenommenen Perſonen die Vermächtniſſe bezahlen muß[17]).

Der Begriff der Eltern iſt hier im weiteſten Sinne genommen, und umfaßt alle Ascendenten beider Geſchlechter. Ebenſo der der Kinder, welcher alle Descendenten begreift, ſowohl natürliche als

---

116) L. 14. pr. h. t. (Africanus). »Sed illud observandum, ut Praetor eum, qui heres institutus adierit, in eam partem, qua scriptus est, tueri debeat, dum tamen non ampliorem, quam habiturus esset, si bonorum possessionem accepisset; ut hactenus deteriorem causam suam fecerit: quod si ex minore parte sit institutus, eam dumtaxat retinere possit, et quod extraneis quoque legata praestare cogatur.« Vg. L. 16. de leg. praest.

17) L. 5. §. 8. L. 15. §. 1. de leg. praest. Vg. Förſter über dieſen Streit S. 449. — 460. und Cuj. ad lib. 41. Pauli ad Edict. L. 15. cit.

bürgerliche, ſobald ſie zur Zeit des Todes des Erblaſſers mit ihm durch Blutsverwandſchaft verbunden ſind [118]). Auch auf Afterkinder erſtreckt er ſich [19]). Dieſer Fortſchritt zum völligen Cognatenſyſtem auch in unſerer Erbfolge iſt ſehr zu beachten, und viel wichtiger, als man ihn gewöhnlich anſieht. In unſrer Lehre erſcheint er freilich nur als Ausnahme, aber im Leben mußte dieſe ſehr häufig eintreten. Durch die Zeit gewann ſie an Kraft, und half am Ende mit, die ganze Lehre umzugeſtalten.

Selbſt wenn das Vermächtniß nur mittelbar durch eine fremde Perſon einem Descendenten oder Ascendenten zugewieſen war, mußte es entrichtet werden. Ich ſage zugewieſen; denn es genügte nicht, daß es blos an ſie gelangte, z. B. durch einen Sclaven, dem legirt wurde. Der Erblaſſer mußte gerade ſie damit bedenken und beehren wollen [20]).

Dieß Recht der Vorfahren und Nachkommen war indeß an einige Beſchränkungen gebunden. Sie dürfen nämlich in keinem Falle zuſammen mehr als die Hälfte des Nachlaſſes bekommen, und dieſe nur, wenn blos Ein Erbe das Edict angetreten hat. Sind mehre

118) L. 1. §. 1. 2. L. 3. §. 1. L. 25. §. 1. 2. de leg. praest.
19) L. 1. §. 3. L. 2. eod.
20) L. 3. §. 2. 4. 5. de leg. praest.

praetoriſche Erben gegen das Teſtament vorhanden, ſo erhalten jene zuſammen höchſtens einen Kopftheil. Sind z. B. zwei Söhne präterirt, der Vater aber auf 8 Unzen, ein dritter Sohn auf 4 Unzen eingeſetzt, und machen ſämmtliche Söhne von der Erbfolge gegen das Teſtament Gebrauch, so erhält der Vater nur 3 Unzen [121]). Auch dieſe Beſtimmung rührt wieder hauptſächlich von Julian [22]) her, dem unſre Lehre überhaupt ſehr viel zu verdanken hat. Gerade hierin zeigt ſich der hohe Vorzug der Römiſchen Juriſten von den meiſten unſrer Rechtsgelehrten, daß ſie nicht abgöttiſch den ſtarren Buchſtaben des Geſetzes verehrten, und ihm den Geiſt des Rechtes opferten. Sondern wo es Noth that, wo das Bedürfniß der Zeit Veränderung, wo die Grundſätze der Billigkeit Hülfe forderten, da ſchritten ſie ein mit neuer Lehre, und verſchafften ihr Anerkennung. So hießen ſie mit Fug die lebendige Stimme des Rechts. Nicht

121) L. 8. pr. de leg. praest. (Ulpianus). — »Sed si unus sit ex liberis, qui accepit contra tabulas bonorum possessionem, plures sint, qui ex liberis parentibusque legata acceperunt; sic hoc accipiendum est, ut filius praeteritus semissem habeat, ceteri omnes, qui sunt ex liberis parentibusve, semissem.« L. 8. §. 1. L. 5. §. 7. L. 7. L. 19. L. 15 §. 2. de leg. praest. L. 20. §. 2 h. t.

22) L. 6. de leg. praest.

als ob ſie, wie neuere Geſetzgeber, das alte Recht frevelnd zerſtört und ihre Willkühr an deſſen Stelle geſetzt hätten. Sie achteten die Formen und hielten treu an ihnen, ſie wahrten aber auch den Geiſt. Beide in Einklang zu bringen, war ihre große Aufgabe, die ſie ſo herrlich gelöſt. Ihr Recht war ein lebendiges Wort.

Wie ferner nach dem Obigen die Anerkennung eines Legats die bonorum possessio contra tabulas ausſchloß, ſo verlor auch umgekehrt jeder, welcher dieſe anſuchte, ſein Recht auf die ihm hinterlaßnen Vermächtniſſe [123]).

Außer jenen Perſonen, wird noch der Gattinn und Sohnsfrau alles, was ihr im Teſtament unter dem Namen der Dos vermacht iſt, geleiſtet; ſelbſt wenn ein ſolches Legat den Kopftheil überſteigen ſollte, ohne Abbruch [24]). Auch was mehr im Legat iſt, als die Dos beträgt, muß der Erbe dennoch ihr auszahlen; z. B. wenn der Erblaſſer die Dos, die er nur in gewiſſen Terminen auszuzahlen brauchte, als ſogleich fällige Schuld legirt hat. Hier gewinnt die

---

123) L. 5. §. 2. de leg. praest. L. 10. §. 3. L. 18. §. 1. L. 14. pr. h. t.

24) L. 1. pr. L. 8. §. 3—6. L. 10. pr. §. 1. de leg. praest.

Frau natürlich die Zinſen des früher eingeforderten Capitals. Anders iſt dieß freilich bei den übrigen Legaten, die ihr hinterlaſſen ſind ohne Rückſicht auf die Dos. Dieſe werden nicht erſtattet [125]. Uebrigens verſteht ſich von ſelbſt, daß hier von der freien Ehe die Rede iſt, wenigſtens bei der Gattinn. Denn wäre ſie in der Kindſchaft, ſo hätte ſie das Recht einer Tochter.

Freiheiten, die im Teſtament ertheilt werden, gelten nicht, wenn die Succeſſion gegen daſſelbe eintritt. Hat freilich der geſchriebne Erbe die Erbſchaft angetreten, ſo werden ſie erfüllt, und können nicht mehr zurück genommen werden. Aber der prätoriſche Erbe wird durch die actio doli gegen die Bosheit des eingeſetzten Erben geſchützt [26].

Die Ernennung eines Tutor bleibt ohne Zweifel wirkſam, wie auch Förſter annimmt [27].

§. 13.

Wir kommen jetzt zu der intereſſanten aber ſchwierigen Frage nach dem Verhältniß dieſer prätoriſchen Erbfolge zum Civilrecht.

---

125) L. 9. de leg. praest. L. 8. §. 3. eod.
26) L. 8. §. 2. L. 23. de leg. praest.
27) Bon. Poss. S. 398.

Digitized by Google

Was fürs erſte das Verhältniß des bonorum possessor contra tabulas zum geſchriebnen Erben betrifft, ſo hört der Letztere, wenn ihn das Civilrecht ſchützt, keineswegs auf, wirklicher Erbe zu ſein. Aber ſein Recht iſt ohne Inhalt, welchen der Prätor auf ſeinen Erben übergetragen hat. War dieſer ein übergangner *suus*, oder das Teſtament blos nach prätoriſchem Rechte gültig, ſo iſt an ſich klar, daß der bonorum possessor contra tab. dem geſchriebnen Erben zu allen Zeiten und abſolut vorging. Denn iſt ein suus übergangen, ſo iſt das Teſtament nach Civilrecht nichtig, und ein Civilerbe aus demſelben läßt ſich gar nicht denken. Von einem prätoriſchen Erben dagegen kann hier allerdings die Rede ſein, da der Prätor ein ſolches Teſtament nicht für durchaus nichtig anſieht. Ebenſo kann das Teſtament von Anfang an ein blos prätoriſches geweſen ſein. Immer aber wird ein ſolcher denkbarer bonorum possessor secundum tabulas dem bon. possessor contra tabulas in jeder Hinſicht nachſtehn müſſen, indem beide ihr Recht aus dem Edicte ableiten, welches die c. t. bonorum possessio an die Spitze der ganzen Erbfolge geſtellt hat. Fällt dieſe aus, ſo kömmt erſt die s. t. possessio an die Reihe. Wie es dagegen in dem Fall, von welchem allein hier die Rede iſt, wo der bon. possessor ein Eman-

Digitized by Google

cipirter iſt, der geſchriebne Erbe ſich auf das Civilrecht berufen kann, in den ältern Zeiten geweſen ſei, ob vielleicht jenes bonorum possessio durch dieſen zur *sine re* gemacht, und ihm die Erbſchaft entriſſen werden konnte, laſſe ich dahin geſtellt. Daß aber zur Zeit unſrer klaſſiſchen Juriſten der prätoriſche Erbe durchaus den Vorrang behauptet habe, wiſſen wir beſtimmt:

L. 13. pr. h. t.

Julianus lib. 23. Digestorum. Cum *emancipatus* bonorum possessionem contra tabulas accipit, scriptus heres ei hereditatem petenti cogendus est et praedia et servos hereditarios praestare: omne enim jus *transferri* aequum est, *quod per causam hereditariam scriptus heres nanciscitur, ad eum, quem Praetor heredis loco constituit.*

Der prätoriſche Erbe iſt alſo nicht wirklich heres, ſondern nur *heredis loco*. Der ächte eingeſetzte Erbe erwirbt die Erbſchaft wirklich dem ſtrengen Rechte nach; aber der Prätor zwingt ihn, ſie aufzugeben, und trägt ſie auf ſeinen Poſſeſſor über.

Wird der geſchriebne Erbe wegen Schulden des Erblaſſers belangt, ſo kann er zwar nicht läugnen, daß die Schuld unmittelbar auf ihn übergegangen ſei. Aber der Prätor gibt ihm die Exceptio: *ac si non in ea causa tabulae testamenti sint, ut contra eas emancipato*

bonorum possessio dari possit; wodurch er den Kläger von ſich abhalten, und auf den prätoriſchen Erben anweiſen kann. Ebenſo ſteht ihm wohl eine exceptio doli mali entgegen, wenn er auf Bezahlung einer Schuld klagt, die der bonorum possessor vielleicht ſchon einforderte. Macht aber der übergangne Sohn keinen Gebrauch von ſeinem Erbrechte, ſo werden dieſe Klagen mit der Eröffnung der secundum tab. b. p., gegenſeitig reſtituirt [128]).

Iſt der eingeſetzte Erbe ſelbſt ein Sohn, oder gehört er überhaupt zu den Nachkommen oder Vorfahren, ſo wird er nach dem Obigen geſchützt, ſo weit ſein Erbtheil reicht. Dieſer Schutz beruht aber wieder blos auf prätoriſchem Recht; denn das Civilrecht kennt ihn gar nicht, ſo wenig als eine theilweiſe Aufrechthaltung des letzten Willens überhaupt. Hieher gehört, wie ich glaube, eine äußerſt ſchwierige Stelle, L. 22. de leg. praest.

Papinianus lib. 5. Responsorum. Bonorum possessione contra tabulas testamenti praeterito emancipato filio data, scriptus heres alter filius, qui

---

128) L. 15. de O. et. A. (Julianus.) — — »nam quamdiu bon. possessio c. t. filio dari potest, *heres quodammodo debitor non est* « L. 2. de exc. rei judic. Vg. Keller Litis Contest. S. 578.

possessionem accepit, vel jure civili contentus non accepit, legata praecipua non habebit [129]).

Ein emancipirter Sohn eröffnet und erhält die Erbfolge gegen das Teſtament. Sein Bruder, möglicher Weiſe ein suus, worauf allerdings beſonders für den zweiten Theil der Stelle Gewicht gelegt werden muß, iſt eingeſetzt. Dieſer kann nun von ſeiner Erbeinſetzung abſehn, und ebenfalls die eröffnete Erbfolge gegen das Teſtament benutzen. Dann aber fällt auch Alles weg, was ihm beſonders vermacht wurde, denn er darf nun den letzten Willen des Erblaſſers auf keine Weiſe anerkennen noch ſich zu Nutze machen [30]). Die Worte »possessionem accepit« an ſich betrachtet könnten aber auch heißen: er ſuchte um die secundum tab. b. p. an, indem er ſeinen Erbtheil aus dem Teſtament ſich ſchützen laſſen wollte. Ob und inwiefern dieß möglich war, iſt ſehr ſchwierig auszumitteln. War einmal die

129) Cujas zu dieſer Stelle glaubt, der eingeſetzte Sohn ſei ein filius familias, und habe die civile Erbfolge ab intestato gewählt, auf die er ſich berufe. Allein dieß iſt ganz undenkbar, da dieſelbe gar nicht eröffnet wurde. Auch wäre es ziemlich überflüſſig zu bemerken, daß er dann das Legat nicht bekomme.

30) Siehe die oben in Note 123 (S. 95) angeführten Stellen.

Digitized by Google

contra tabulas eröffnet, wie hier, ſo läßt ſich nicht leicht einſehen, wie darauf jemand gültig für ſeine Quote die secundam tabulas bekommen konnte. Auch iſt es ſehr bemerkenswerth, daß überall, ſo viel ich weiß, wo von dem Schutze, der dem eingeſetzten Sohn als ſolchem trotz der contra tab. b. p. ertheilt wird, die Rede iſt, immer nur von hereditas nach Civilrecht, nie von einer ſolchen sec. tab. poss. geſprochen wird [131]. Beſondere Schwierigkeit entſtände demnach alsdann, wenn ein blos prätoriſches Teſtament vorläge, in welchem ein Sohn eingeſetzt, ein anderer übergangen wäre. Nach Civilrecht kann jener die Erbſchaft aus dem Teſtament wenigſtens nicht antreten. Wenn er daher nach prätoriſchem auch keine sec. tab. possessio erhalten kann, nachdem einmal die contra tabulas eröffnet iſt, ſo bleibt ihm nichts übrig, als auf die Erbeinſetzung zu verzichten, und ſich durch die contra tabulas possessio zu helfen, oder im Civilrecht ab intestato Schutz zu ſuchen, was uns hier indeß nicht intereſſirt. Nehmen wir indeß an, eine ſolche prätoriſche Aufrechthaltung der Erbeinſetzung des Sohnes ſei möglich, indem die contra tabulas possessio aus Gründen der Billigkeit einen Theil der secundum tab. herauf ziehe, und gleichſam in ſich aufnehme;

131) L. 5. §. 8. — L. 8. §. 2. de leg. praest. L. 14. pr. h. t.

wie ſteht es dann mit den Prälegaten des eingeſetzten Sohnes? Er erhält ſie allerdings bis auf auf einen gewiſſen Punkt, ſo lange ſie nämlich mit der Erbeinſetzung zuſammen nicht einen Kopftheil überſteigen [132]). Dieß könnten die Worte *legata praecipua non habebit* allenfalls ausdrücken, Legate, die dem Sohn vorzugsweiſe über das gewöhnliche Maß des Kopftheils hinaus aus beſonderer Gunſt vermacht wurden, Prälegate in vorzüglichem Sinne. Indeſſen iſt eine ſolche Bedeutung der Worte doch ſehr unwahrſcheinlich. Fürs erſte wären ſie auch gar zu prägnant; dann bezeichnet ferner legatum praecipuum ganz eigentlich ein Prälegatum, worauf ſchon die gewöhnliche Formel dieſes letztern: Praecipito führt, und wofür manche Stellen ſprechen [33]). Sie heißen demnach nichts weiter, als er erhält die Prälegate nicht. Dieß paßt aber nicht zu der letztern Auslegung des possessionem accipere, wenn man nicht, was ſehr unwahrſcheinlich iſt, eine von der gewöhnlichen abweichende Meinung Papinians annimmt. Wir ſind daher genöthigt zu der erſten Erklärung zurückzukehren, die ſich auch ſonſt empfielt, da bei

132) L. 8. §. 1. de leg. praest.

33) Vg. Gaj. II. 216. 217. *Brisson.* de V. S. sub. v. praecipuus.

»possessionem« doch jedermann zunächſt an die unmittelbar vorher gehenden Worte »bonorum possessione contra tabulas« erinnert wird.

In ſo weit wäre alſo die Stelle verſtändlich. Wie aber, wenn er zufrieden mit ſeinem Civilrecht die bon. poss. contra tabulas nicht benutzt? Will er ſich blos als Nachkomme in ſeinem Erbtheile ſchützen laſſen, ſo iſt durchaus kein Grund vorhanden, warum er die Legate verlieren ſollte. Dieſe ſchützt der Prätor ihm so gut wie jenen, ſobald ſie nur zuſammen nicht einen Kopftheil überſteigen[134]. Von dieſem Fall iſt aber hier auch nicht die Rede, ſondern der Sohn ſtützt ſich blos auf das Civilrecht und auf keinerlei Art von prätoriſcher Hülfe. Iſt er suus, ſo ward er unmittelbar durch den Tod des Erblaſſers deſſen Erbe. Er kann nun zwar auch ſo die bon. poss. contra tabulas erbitten [35]; aber er kann ſich auch um alle bon. possessio, wie hier, gar nicht bekümmern, und ſeinen vom Erblaſſer verordneten Theil an der Erbſchaft nach Civilrecht gegen den prätoriſchen possessor behaupten, der ſonſt vor jedem extraneus immer den Vorzug erhält. Dieß ſcheint mir nämlich unſre Stelle voraus zu ſetzen, indem ſie

134) L. 8. §. 1. de leg. praest.
35) L. 14. pr. in fine h t.

von einem Sohn ſpricht, der mit dem Civilrecht allein zufrieden iſt [136]. Wäre ihm ſein Erbtheil entriſſen, ſo könnte er nicht zufrieden ſein, noch würde ſo beigefügt: die Legate aber erhalte er nicht. Würde er aber die Einſetzung durch das Julianiſche Edict ſchützen laſſen, ſo beriefe er ſich nicht auf das Civilrecht, und die Legate wären ebenfalls gültig. So bleibt wohl nichts übrig, als anzunehmen, der blos prätoriſche Erbe gegen das Teſtament hebe das civile Erbrecht des eingeſetzten Bruders, wahrſcheinlich aber nur, wenn dieſer zugleich ein *suus* iſt, auf keine Weiſe auf. Denn nur dieſer iſt heres necessarius, und wird von dem Civilrecht ſehr bevorzugt. Kamen ſie daher mit einander in Conflict, ſo ging der suus vor, und behielt nach Civilrecht ſeinen vollen Erbtheil, gewiß auch dann, wenn derſelbe einen Kopftheil überſtieg. Denn er verdankt ſeine Geltung nicht dem Julianiſchen Edict, iſt daher auch nicht an deſſen Beſchränkung gebunden, ſondern dem reinen Civilrecht. Auch läßt ſich nur inſofern denken, daß jemand es vorzog, ſich blos auf dieſes zu berufen, ſtatt vom Prätor Anerkennung zu bitten, der ihm zugleich auch zu den Legaten verholfen hätte.

---

136) Ein indirekter Beweis liegt wohl in L. 20. h. t. Vg. beſond. auch L. 15. pr. in f. de leg. praest.

Digitized by Google

Die Legate aber, welche ihm noch darüber hinaus zuertheilt wurden, waren unwirkſam, weil er in dieſer Hinſicht auf ſie und ihre Erwerbung nach Civilrecht jedem Fremden gleich ſtand, und das prätoriſche Recht in der Regel alle zerſtörte und nur diejenigen ſchirmte, welche gewiſſen Perſonen angehörten, die deſſen Hülfe beſonders erbaten. Jener Sohn aber hatte alles prätoriſche Erbrecht verſchmäht. Wie ſollte er nun für die Legate den Schutz des Edicts erhalten, deſſen Willen er bei der Beerbung ſelbſt verworfen hatte?

Sehr häufig kommt ferner unſre *Bon. Possessio* in Conflict mit der civilen Inteſtaterbfolge und zwar auf mancherlei Weiſe. Z. B. die geſchriebnen Erben treten aus Furcht vor jener gar nicht an. Hier wird ſie dennoch ertheilt, obgleich nach Civilrecht die Inteſtatſucceſſion eintritt. Sind in dieſer keine nähern Verwandten gerufen, als Agnaten, ſo iſt an keine Colliſſion zu denken. Dieſe iſt nur möglich, wenn Kinder in der Gewalt da ſind, die unmittelbar Inteſtaterben werden, und des Prätors dazu nicht bedürfen. Hiebei ſind drei Fälle zu unterſcheiden: dieſe Kinder waren im Teſtament eingeſetzt. Dann waren ſie aber auch von Rechts wegen Erben geworden, und konnten daſſelbe nicht umſtürzen durch Ausſchlagen. Oder ſie waren präterirt. Dadurch ward das Teſtament

bei ſeinem Entſtehen zerſtört, und es ſind gar keine geſchriebenen Erben da, die ausſchlagen könnten. Oder endlich ſie ſind **enterbt**. Dieſen Fall behandelt Tryphoninus in L. 20. h. t. ausführlich.

Ein Vater enterbte ſeinen Sohn in der Gewalt A, überging einen andern emancipirten B, und ſetzte mehre fremde Erben ein. Würden dieſe antreten, ſo bekäme der Emancipirte B ganz allein die bon. poss. contra tabulas. A würde als Enterbter davon ausgeſchloſſen, und das Civilrecht könnte ihn nicht ſchützen, da es das Teſtament nebſt der Enterbung für gültig anerkennt. Die geſchriebenen Erben ſchlagen aber aus, und das Teſtament wird dadurch nichtig im Sinne des Civilrechts. Es tritt alſo Inteſtaterbfolge ein, und A wird unmittelbarer und einziger Erbe; denn er iſt allein Suus. Das Schickſal des A liegt alſo in der Hand des geſchriebenen Erben; der an ſich kein Intereſſe an der Antretung hat, wohl aber mittelbar. Denn er kann gewiſſermaßen die Erbſchaft den Brüdern feil bieten. Wer ihm am meiſten bezahlt, dem willfahrt er entweder durch die Antretung oder durch den Ausſchlag. Daß dieſes aber nicht zu arg getrieben werde, dafür ſorgt der Ausweg, welcher dem enterbten Sohne immer noch offen bleibt, das Teſtament von den Centumvirn als lieblos umſtürzen zu laſſen.

Digitized by Google

Das Edict aber bietet dem Obigen zu Folge deſſen ungeachtet ſeine b. p. c. t. an, und zwar iſt in dieſer B Univerſalerbe. So ſtellen ſich beide Syſteme ſchroff gegenüber. Dieſen Streit nun ſucht der Prätor ſo zu ſchlichten, daß er keines das andere völlig unterdrücken läßt, ſondern jedes zur Hälfte ſchützt. Weil das Civilrecht den Enterbten ſo entſchieden begünſtigt, hält er es für unbillig, ihn ganz als nicht vorhanden zu betrachten, und ſo ſtrenge das im Uebrigen nichtige Teſtament in der Enterbung aufrecht zu erhalten. Doch nimmt er ihn auch nicht in die contra tabulas bon. possessio auf, um die Einheit des Syſtemes nicht zu verletzen, ſondern ſchützt ihn als Civilerben auf die Hälfte der Erbſchaft. Der Emancipirte B. aber erhält als *c. t. bon. possessor* die andere Hälfte. So finden wir ein Ineinandergreifen zweier Erbfolgen, wie ich ſie oben in der Erklärung der L. 22 de leg. praest. vermuthet habe. Der Unterſchied beider Rechte tritt beſonders deutlich hervor in Bezug auf die Beiſteuer, und das Zahlen der Legate. Würde A als contra tabulas possessor angeſehn, ſo müßte er natürlich die Vermächtniſſe an Nachkommen und Vorfahren leiſten, und erhielte Theil an dem vorher erworbenen Vermögen ſeines Bruders. Keines von beiden aber findet hier Statt. Eben ſo auf der andern Seite. Würde B. als Inteſtaterbe betrachtet,

Digitized by Google

und im Ordo: Unde liberi berufen, ſo müßte er als ſolcher von ſeinem Vermögen dem Bruder beiſteuern, aber keine Vermächtniſſe bezahlen. Aber auch hier gilt das Umgekehrte [137]).

Auf ähnliche Weiſe entſcheidet Ulpian den Fall, wo umgekehrt ein Sohn in der Gewalt übergangen, ein Emancipirter dagegen enterbt ward. Auch hier wird der Letztere im Ordo: Unde liberi in der Hälfte der Erbſchaft geſchützt, obgleich er nach prätoriſchem Recht zu der contra tabulas bon. possessio keinen

137) L. 20. §. 1. cit. »Videamus tamen isto casu, quo utrique ad bona patris veniunt, an ei conferre debeat emancipatus? nam *neque ex hac parte edicti* verbis id facere cogitur, unde *contra tabulas accepit bonorum possessionem*, quae inter eos, quibus ita bonorum possessio dabitur, caveri de collatione ab emancipato jubet: iste enim, qui mansit in potestate, quod exheredatus nominatim fuit, *non* est vocatus ad bon. possessionem *contra tabulas*, *neque ex illa parte edicti*, qua, *intestato* patre mortuo, *emancipatus* ad bon. possessionem admissus, ad collationem compellitur: quia et si *frater ab intestato heres sit*, *emancipatus tamen nón inde accepit bon. possessionem* « et rell. §. 2. »Legata tamen ex parte sua iste emancipatus liberis et parentibus praestare cogitur: non solida, sed diminuta in dimidium, quod relinquitur manenti in potestate. Sed nec adversus eum constituendae actionis legatorum ratio est, qui merito jure intestato heres exstitit«.

Digitized by Google

Zutritt hat. Der Prätor accommodirt ſich zu Gunſten des Emancipirten dem Civilrecht, welches dieß Teſtament als durchaus nichtig erklärt: und wenn er auch dem Suus die contra tabulas possessio ertheilt hatte, ſo iſt ſie für dieſen, wie wir ſogleich ſehen werden, nicht weſentlich von der bon. possessio ab intestato, im Ordo: Unde liberi verſchieden [138]).

Wichtiger nämlich iſt die Colliſion beider Syſteme, wo die Inteſtaterbfolge nach Civilrecht eintritt, wegen Uebergehung eines Sohnes. Hier wird der Letztere äußerſt vortheilhaft vom ſtrengen Recht bedacht; und man könnte glauben, er habe faſt nie Veranlaſſung gehabt, um die prätoriſche Erbfolge anzuſuchen. Allein dieſe konnte ihm ſehr bedeutende Vortheile gewähren. Waren z. B. Geſchwiſter enterbt, ſo ſchloß ſie dieſelben von allem Antheil an dem Nachlaſſe aus, wogegen ſie vom civilen Inteſtaterbrecht berufen wurden [39]). Ferner wurden emancipirte Brüder, die die contra tabulas possessio erhalten hatten, zur Beiſteuer gezwungen, die nicht erfolgte, wenn der Sohn in der Gewalt ſich einer ganz andern Erbfolge bediente als ſie.

---

138) L. 1. §. 9. Si tab. test. nullae.

39) L. 32. de lib. et post.

Digitized by Google

In folgendem Fall war die prätoriſche Hülfe gegen das Teſtament dem übergangenen Saus ſogar nothwendig. Ein Sohn in der Gewalt wurde von ſeinem Vater gültig enterbt. Später machte der Vater ein neues Teſtament, in welchem er den Sohn blos überging. Nach Civilrecht iſt das letztere Teſtament von Anfang an nichtig, und rumpirt das frühere keinesweges. Die Enterbung des Sohns alſo bleibt ſtehn. Allein das prätoriſche Recht erkennt allerdings das zweite Teſtament als ein gültiges an, und giebt blos die c. t. b. p. gegen daſſelbe. Ihm zu Folge wird auch das frühere rumpirt. Hier kommen alſo beide Rechtsſyſteme wieder ſehr in Conflikt, und allerdings wird oft, zumal früher das prätoriſche, dem civilen haben weichen müſſen; und die geſchriebenen Erben des erſten Teſtaments von dieſem geſchützt gingen den Erben des zweiten vor. In andern Fällen, die wir freilich nicht genau kennen, hatte das zweite mehr Kraft. Auf jeden Fall mußte es außer der Präterition formel in jeder Hinſicht vollſtändig und richtig ſein, ſowohl nach civilem als nach prätoriſchem Recht. Dann kann das Edict ſeine Anſicht durchſetzen.

In dieſem Fall nun kann der übergangene Sohn, der beim Civilrecht keinen Schutz findet, die Erbfolge gegen das Teſtament erbitten, eben ſo wie die geſchriebenen Erben des ſpätern Teſtaments vor denen des

frühern den Vorzug hätten, wenn der Sohn ihnen nicht gerade im Wege wäre durch ſeine c. t. possessio [140].

Der wichtigſte Nachtheil, der ihn bei der Erbfolge gegen das Teſtament treffen könnte, wäre der, daß er gleich dem Emancipirten die Legate an gewiſſe Perſonen entrichten müßte. Doch gerade von dieſer Verpflichtung iſt er frei. Ob er gleich die bon. poss. contra tabulas erwählt hat, wird er doch, da ihn das Civilrecht als Inteſtaterben ſchützt, auch vom Prätor dieſem gleich geſtellt. Er erhält zwar alle Vortheile unſrer Erbfolge, verliert aber die der civilen dadurch nicht.

L. 15. pr. de legat. praest.

Paulus lib. 41. ad Edictum. Is, qui in potestate est, praeteritus legata non debebit praestare, *etsi contra tabulas bon. possessionem petierit:* quia [41] et non petita bonorum possessione *intestati hereditatem obtineret;* nec enim exceptio doli mali huic noceat [42]: et *absurdum* est, eum cogi legata praestare; quia bon. possessionem petierit: cum et sine hac hereditatem habiturus sit suo jure. Unde si duo praeteriti sunt,

---

140) L. 12. §. 1. h. t.

41) Hal. »*qui*«

42) Hal. »*nocebit*,« was wohl vorzuziehen iſt.

Digitized by Google

emancipatus et is, qui in potestate est, quidam nec emancipatum praestare debere legata existimant, quia effectu fratris aufert partem dimidiam; cum etsi hic non peteret, suus solus rem habiturus esset. Quid ergo est, ubi praeteritus sit suus? verius est, quod dictum est. Ubi vero scriptus est, et voluntatem patris habet, debet teneri legatariis, etiam si omiserit bonorum possessionem.

Die Meinung einiger wahrſcheinlich älterer Juriſten, daß auch der Emancipirte keine Legate bezahlen müſſe, wenn ein Suus die Inteſtaterbfolge eröffnen kann, ſcheint von Paulus ſtillſchweigend mißbilligt zu werden. Die Worte Quid ergo est u. ſ. w. beziehn ſich nicht mehr darauf, ſondern auf die eigentlich zur Sprache gebrachte Frage nach dem Verhältniß des Sohns in der Gewalt zur bon. possessio contra tabulas. Hier ſehen wir alſo, wie das Civilrecht weſentlich die Oberhand behält, formel aber mit ſeinen Eigenthümlichkeiten in den Bereich der *bon. possessio* aufgenommen wird [143].

Bisher nahmen wir nur Rückſicht auf den Sohn in der Gewalt. Viel greller aber treten civiles und

143) Vg. L. 16. de leg. praest. L. 17. de inj. rupto.

prätoriſches] Recht aus einander in Bezug auf die übrigen Kinder in der Gewalt. Dieſe zerſtören nach jenem das Teſtament gar nicht, ſondern haben ein bloßes *jus adcrescendi.* Der Prätor aber ertheilt ihnen ſeine *bon. possessio contra tabulas* mit nicht geringern Wirkungen als den Söhnen. Dieſe war ihnen natürlich in den meiſten Fällen ungemein vortheilhaft, und wurde ohne Zweifel gewöhnlich vorgezogen. Die fremden geſchriebenen Erben mußten auch hier weichen, eben ſo gut, wie wenn ein emancipirter Sohn übergangen war [144]. Wollte aber der Enkel von ſeinem Civilrecht Gebrauch machen, ſo ward ihm dieß gewiß nicht verwehrt.

Der Kaiſer Antoninus Pius (nicht Caracalla) näherte das Edict wieder mehr dem Civilrechte, indem er durch ein Reſcript verordnete, die Töchter und Enkelinnen ſollen durch die B. P. nicht mehr erhalten können, als ſie, wenn ſie in der Gewalt des Erblaſſers bei ſeinem Tode geweſen wären, durch das *jus adcrescendi* bekommen hätten. Das nähere Detail kennen wir auch hier nicht. Bei den Enkeln ſcheint indeß der alte Unterſchied fort-

---

144) Gaj. II. 125. »qua ratione extranei heredes a tota hereditate repelluntur.

gedauert zu haben [145]. Auch mußten dieſe die Legate den ausgenommenen Perſonen bezahlen, wenn ſie blos vom prätoriſchen Recht beſchützt waren [46]. War der Enkel *inter ceteros* enterbt, ſo galt ſeine Enterbung nach Civilrecht vollſtändig, nach prätoriſchem aber ward ſie der Uebergehung gleich geſetzt. Dadurch ward ihm die bon. poss. c. t. in dieſem Fall nothwendig, und ſie half ihm ohne Zweifel gegen die geſchriebenen Erben.

Endlich ſchützte der Prätor wohl in einigen Fällen das Teſtament gegen die Strenge des Civilrechts, welche es für nichtig erklärte. So z. B. wenn der übergangne Sohn in der Gewalt oder ein Afterkind vor dem Tode des Erblaſſers verſtarb. Hier gab der Prätor, wenn das Teſtament ſonſt keinen Mangel hatte, die *bon. possessio secundum tabulas;* welche ſeit Hadrian wenigſtens *cum re* war.

---

145) Gaj. II. 125. 126. Ulp. XXII. 23. Theoph. ad. §. 3 J. de exhered. lib. *δίδωσιν αὐτοῖς ὁ πραίτωρ τὴν* contra tabulas, *δι᾽ ἧς ὁ μὲν υἱὸς ἤγουν ὁ ἔγγονος πᾶσαν λήψεται τὴν τοῦ τελευτήσαντος περιουσίαν. ἡ δὲ θυγάτηρ ἤγουν ἐγγόνη τοσοῦτον λαμβάνει, ὅσον ἐκέρδαινε διὰ τῆς προσαυξήσεως οὖσα ὑπεξουσία.«* c. 4. C. de lib. praet.

46) L. 2. de conjung. cum emanc.

L. 12. pr. de inj. rupto.

Ulpianus lib. 4. Disputationum. Postum praeteritus, vivo testatore natus decessit: licet iuris scrupulositate, nimiaque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen *si signatum* fuerit *testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas* accipere heres scriptus potest, *remque oblinebit*, ut et Divus Hadrianus et Imperator noster rescripserunt etc. [147].

§. 14.

Sehr bedeutende, aber dem Geiſte ſeiner Zeit angemeſſene Veränderungen machte Juſtinian in unſrer Lehre durch ein im Jahr 531 erlaſſenes Geſetz [48]. Nachdem er darin ſeinen Unwillen über all' die Unterſcheidungen und Spitzfindigkeiten des Alterthums gehörig an den Tag gelegt, und ſich auf die Natur berufen, die ja ohne Unterſchied Knaben und Mädchen zur Welt bringe, verordnete er, es ſollte fürder kein Unterſchied mehr Statt finden zwiſchen Söhnen und Töchtern, Enkeln und

147) Vg. Gaj. II. 148. 151. L. 4 §. 3. h. t. L. 2. pr. de bon. poss. s. t.

48) c. 4. C. de lib. praeter. vg. §. 5. J. de exhered. liber.

Enkelinnen. Bei allen dieſen Perſonen ſoll nur eine namentlich gemachte Enterbung wirkſam ſein, die inter ceteros geſchehene dagegen immer der Uebergehung gleich geſtellt ſein. Das *Jus adcrescendi* der Töchter iſt aufgehoben: und ſie ſowohl als Enkel und Urenkel beider Geſchlechter haben wie die Söhne ſowohl *bonorum possessio contra tabulas* als Inteſtatſucceſſion nach Civilrecht, wenn ſie übergangen ſind. Sind ſie zugleich *sui*, ſo haben ſie natürlich beide Rechtsmittel, wie früher der Sohn in der Gewalt. Sind ſie dagegen emancipirt, ſo ſteht ihnen blos das prätoriſche Recht zu. Denn dieſen Unterſchied hat Juſtinian keineswegs hier aufgehoben, obgleich er ihn mittelbar durch dieſes Geſetz ſchon ſehr milderte. Daß er ihn noch beibehielt, zeigen auf's deutlichſte ſeine eignen Worte: — et contra tabulas bonorum possessionem talem habere (eas sancimus), qualem filius vel suus vel emancipatus haberet: ut et ipsa, si fuerit praeterita, ad *instar filii emancipati vel sui, vel testamentum ipso jure evertat, vel per contra tabulas bonorum possessionem* stare hoc non patiatur. Et haec non solum in filiabus obtinere sed etiam in nepotibus et neptibus, et deinceps observari censemus, *si tamen ex masculis progeniti sunt.*

Daſſelbe verordnete er auch in Bezug auf die Afterkinder. Sie ſollten ebenfalls nur mit individueller Bezeichnung enterbt werden können; nicht mehr wie ehmals, in einer allgemeinen Formel, ſelbſt nicht wenn ihnen ein Legat vermacht worden war. Ebenſo iſt jeder Unterſchied, den die bon. possessio contra tabulas zwiſchen Afterkindern verſchiednen Geſchlechts gemacht hatte, wie bei den übrigen Kindern aufgehoben.

So vereinfachte Juſtinian die Lehre überhaupt außerordentlich, und es war damit ein bedeutender Schritt zu der ſpätern Umſchmelzung derſelben gethan.

§. 15.

Contra tabulas bonorum possessio parentis manumissoris.

In der Mitte zwiſchen der prätoriſchen Erbfolge gegen das Teſtament des Vaters und dem Recht der querela inofficiosi testamenti ſteht die contra tabulas bon. possessio, welche dem Vater zuſteht gegen das Teſtament ſeines emancipirten Sohns. Sie bildet den Uebergang von jener zu dieſem, neigt ſich indeß ſchon mehr zur letztern hin.

In alter Zeit hatte der Vater gar kein Recht auf die Erbſchaft ſeines emancipirten Sohns. Dieſer

konnte darüber frei verfügen, und ſein letzter Wille war vollkommen gültig, mochte er jenen ausgeſchloſſen haben oder nicht. Ebenſo war das ganz analoge Verhältniß zwiſchen Patron und Freigelaſſnem: bis der Prätor einſchritt, und dem Patron ſowohl als dem Vater ein nothwendiges Erbrecht ertheilte [149]. Schon ihre natürliche enge Verbindung zeigte das Unbillige einer gänzlichen Uebergehung in hellem Lichte. Ueberdieß war ja der Vater die einzige Urſache, daß der Sohn ſich eignes Vermögen erwerben konnte. Von ihm leitete ſich alſo alles Eigenthum des Sohns her. Denn hätte er ihn in ſeiner Gewalt zurück behalten, ſo würde von ſelbſt aller Erwerb des Sohns ihm zugefallen ſein [50]. Daſſelbe gilt auch vom Patron. Der Prätor befahl daher, es ſollte ihnen regelmäßig ein beſtimmter Theil des Vermögens der Freigelaſſnen oder Emancipirten hinterlaſſen werden, es ſollte ihnen nicht der ganze Nachlaß entzogen werden.

Dieß iſt ſchon ein ganz neues Princip, das wie wir ſehen werden, immer mehr überhand nimmt. Bis jetzt ſahen wir nämlich immer nur, daß ſowohl

149) Gaj. III. 40 sq. Ulp. XXIX. 1.

50) L. 1 pr. Si a parente quis man. §. 6. J. quib. mod. jus. pat.

das Civil⸗ als prätoriſche Recht die Formloſigkeit der Uebergehung misbilligte, keineswegs aber das Materielle der Ausſchließung vom Nachlaſſe verwarf. Jetzt ſind wir ſchon einen bedeutenden Schritt weiter gekommen. Das Recht fordert die Hinterlaſſung eines Pflichttheils, nicht bloßes Erwähnen und Bedenken im Teſtament. Es kümmert ſich ſchon weniger um die Form als um das eigentliche Weſen, das Recht auf einen beſtimmten Vermögenstheil.

Unſere bonorum possessio des Vaters gegen das Teſtament des Emancipirten geht, wie ſo eben angedeutet wurde, der des Patrons gegen das Teſtament des Freigelaſſenen [151]) parallel. Dennoch zeigen ſich einige wichtige Verſchiedenheiten, welche einer beſondern Erwähnung bedürfen.

Gleich von Anfang finden wir eine ſolche. Während nämlich nicht blos der Patron, ſondern auch deſſen Kinder dieſe Anſprüche haben, wird vom Prätor einzig und allein der männliche Vorfahre des Emancipirten gerufen, welcher ihn ſelbſt

151) Vg. vorzüglich: Unterholzner über das patronatiſche Erbrecht in der Zeitſchrift für geſch. Rechtsw. Bd. V. S. 84—101, der indeß auf das Recht des parens manumissor keine beſondere Rückſicht nimmt. Etwas mehr thut dieß v. Löhr über die B. P. c. t. liberti im Magazin f. R. W. Bd. III. S. 261 ff.

aus ſeiner Gewalt freigelaſſen hat. Die Worte des Edicts lauten ſo: *In eo, qui a patre avove paterno, proavove paterni avi patre [manumissus est]* [152]).

Da hier immer eine Gewalt vorausgeſetzt wird, die der Berechtigte gehabt und wieder aufgegeben haben muß, ſo verſteht ſich von ſelbſt, daß der Mutter oder Vorfahren von mütterlicher Seite her dieſe bonor. possessio nie zuſtehen könnte; aber ſie wurde auch dem Vater nicht gegeben, wenn der Großvater z. B. ſeinen Enkel freigelaſſen hatte [53]). Selbſt der Emancipator bekam ſie nicht, wenn er nicht zugleich Manumiſſor war, wenn er alſo nicht contracta fiducia ſeinen Sohn aus der Gewalt entlaſſen hatte. Denn er mußte die Rechte eines Patrons erlangt haben, welche aber von der endlichen Freilaſſung ſelbſt abhingen. Dieſes folgt ſchon nothwendig aus dem Ausdruck des Edicts *manumissus*, nicht emancipatus. Daß aber das Edict wirklich ſo lautete, iſt unzweifelhaft, obgleich es nirgends, ſoviel ich weiß, mit dürren Worten geſagt iſt. Nach Juſtinianiſchem Recht fällt dieſer Unterſchied weg, da es die contracta fiducia immer fingirt [54]).

152) L. 1. §. 1. 2. si a par. quis man.
53) L. 1. §. 5 eod.
54) c. ult. C de bon. libert. in fine bei Spangenb. S. 341.

Das Daſein leiblicher Kinder des Emancipirten ſchließt indeß die Rechte ſeines Vaters aus. In dieſem Fall kann er ihn ganz übergehn ohne Gefahr. Nur muß er ſeine Kinder wirklich eingeſetzt, nicht etwa wirkſam enterbt haben, und dieſe müſſen zur Erbſchaft gelangen können. Sonſt nämlich ſind ſie wie nicht vorhanden zu betrachten, und der Anſpruch des Vaters bleibt ungeſchmälert. Stürzen die enterbten Kinder aber das Teſtament als lieblos um, und ſuccediren nun ab intestato, ſo fällt die bon. possessio des Vaters wieder zuſammen; denn mit ihnen kann er nicht concurriren[155].

Der Pflichttheil, welcher dem Vater vom emancipirten Sohne hinterlaſſen werden muß, beträgt die Hälfte des ganzen Nachlaſſes[56]. Juſtinian verminderte ihn in ſeiner bekannten Conſtitution über das Patronatrecht, auf ein Drittheil[57]. Wie er vermacht werde, ob durch Erbeinſetzung, oder Legat, Fideicommiß u. ſ. w, iſt gleichgültig. Sogar Schenkungen unter Lebenden werden mit in

---

155) Gaj. III. 41. Ulp. XXIX. 1. L. 16. §. 1 de inoff. test. Unterholzner a. a. O. S. 92 ff.

56) Warum man grade dieſen Theil wählte, ſagt uns Ulpian in L. 1 de bon. libert.

57) c. ult. C de bon. libert. in den Baſiliken bei Fabrot t. VI. p. 586.

Anſchlag gebracht, wenn ſie nur mit Rückſicht auf den Pflichttheil geſchahen [158]). Hat der Vater auf ſolche Weiſe den vollen Pflichttheil erhalten, ſo hat er kein Recht mehr auf die c. t. b. p. Es iſt ihm Genüge geleiſtet, und damit muß er ſich zufrieden geben. Er kann zwar wohl die Erbſchaft ausſchlagen, aber nicht auf die ausgeſchlagene ſeine Anſprüche als contra tabulas possessor gelten machen [59]).

Ferner verwirkt er ſein Recht dadurch, daß er den letzten Willen des Sohns anerkennt und gut heißt. Iſt ihm z. B. ein Legat vermacht, welches den Pflichttheil bei weitem nicht erſchöpft, und nimmt er dieſes an, ſo darf er nicht gegen das Teſtament, das er ſchon einmal gebilligt, ſuccediren, ſondern muß ſich mit jenem Legat begnügen [60]).

Wenn nun aber der Pflichttheil gar nicht, oder wenigſtens nur zum Theil oder nicht rein vermacht wurde, dann erhielt der Vater vom Prätor die c. t. bon. possessio [61]), welche auf die Hälfte, ſeit Ju-

---

158) L. 3. §. 15—20. de bon. libert. L. 21. §. 1. de jure patronat.

59) L. 19. §. 1. de bon. libert.

60) L. 7. de bon. lib. (Gajus). »Nam absurdum videtur, licere eidem partim comprobare judicium defuncti, partim evertere.« L. 6. §. 4. L. 8. L. 50 pr. §. 4. L. 31. eod.

61) L. 3. §. 10—12. L. 41 de bon. lib. L. 21. §. 2 de jure patron. c. 1 C de bon. poss. c. tab. libert.

Digitized by Google

ſtinian auf ein Drittheil der Erbſchaft gerichtet war. Der übrige Theil blieb den eingeſetzten Erben, welche keineswegs ganz vom Vater verdrängt wurden. So lange ſie nicht antraten, erhält der Vater die bonorum possessio nicht. Hierin weicht dieſe von der contra tabulas bonorum possessio, welche den Kindern zuſteht, ab, ſtimmt aber mit der querela inofficiosi überein [162]). Denn hier liegt es gar nicht ſo nahe, daß der Erbe ausſchlage, weil der Vater die bon. possessio gegen das Teſtament verlangt, da dieſe nur einen Theil der Erbſchaft betrifft. Zugleich ſtimmt dieſelbe auch weniger mit der Erbfolge ab intestato überein, als die gewöhnliche c. t. b. possessio.

Der Vater erhält alſo das Drittheil (die Hälfte) der Erbſchaft, wie ſie zur Zeit des Todes des Emancipirten ſich vorfand [63]), den reinen Pflichttheil, und zwar nicht etwa als Legatar, ſondern als *bonorum possessor*. Er iſt wirklicher Univerſalſucceſſor. Die Forderungen gehn auf ihn über, die Schulden eben ſo, natürlich der Größe ſeines Erbtheils gemäß [64]).

---

162) L. 3. §. 5. 12. de bon. libert. L 36. L. 37. §. 1. eod.

63) L. 26. L. 35. de bon. libert. L. 44. §. 1. eod.

64) L. 25. de bon. libert. (Julianus). »Quamdiu bonorum possessio partis debitae dari potest, *exceptio* debitoribus datur adversus heredem petentem: *si non in ea*

So weit dieſer aber reicht, wird die Portion des eingeſetzten Erben ſowohl, als die Legate und Fidei- commiſſe verkürzt. Denn der gebührende Antheil an der Erbſchaft ſoll ihm rein und unverſehrt hinter- laſſen werden. Eben weil dieß im Teſtament nicht geſchehn war, tritt nun der Prätor dazwiſchen, und verſchafft ihm denſelben. Er kann daher unmöglich mit Legaten und dergleichen jetzt noch beſchwert blei- ben [165]).

Weil nun aber dieſe bonorum possessio gleich von Anfang an auf eine beſtimmte Quote des Nach- laſſes geht, und nur dieſe befaßt, ſo hat der bono- rum possessor hier kein *jus adcrescendi*. Schlägt daher einer der geſchriebnen Erben ſeinen Theil aus, ſo fällt er nicht ihm ſondern dem andern eingeſetzten Miterben zu.

L. 6 pr. de bonorum possessionibus.

Paulus ad Edictum. Sed cum patrono quidem contra tabulas certae [66]) partis bonorum possessio-

---

causa sit patronus, ut bonorum possessionem pro parte debita contra tabulas petere possit.« L. 36. eod.

165) L. 34. L. 43 de bon. libert. L. 41. L. 45. eod. L. 3. § 1 si a par. quis manum.

66) Statt »certae« hatte Paulus wahrſcheinlich geſchrie- ben: *dimidiae*, worauf auch die Worte »alterius par- tis« deuten. Vg. Gaj. III 41. Ulp. XXIX. 1.; Ebenſo ſtand ohne Zweifel in L. 1. §. 2 de bon. libert. ſtatt

Digitized by Google

nem Praetor polliceatur, scripto autem heredi, secundum tabulas, alterius partis: convenit, non esse ius adcrescendi. Igitur non petente scripto secundum tabulas, alterius quoque partis nominatim patrono possessionem pollicetur: cum ceteri, quibus adcrescendi jus est, semel debent agnoscere bonorum possessionem.

Was vom Patron geſagt wird, gilt natürlich ebenſo gut vom parens manumissor; da dieſer mit derſelben Formel vom Prätor gerufen wird, und ebenfalls eine b. p. dimidiae partis erhält. Sehn wir einſtweilen von den mehrfachen Schwierigkeiten ab, welche dieſe Stelle macht, ſo iſt doch der Hauptſinn derſelben klar ausgeſprochen: Es gibt bei dieſer bon. possessio kein ius adcrescendi [167]). Wie ſucht nun aber Paulus dieß an ſeinem Beiſpiele zu zeigen? Der Sohn A ſtirbt, und hinterläßt ein Teſtament, worin er den Z zum Erben einſetzt. Seinen Vater B übergeht er. Der Prätor verſpricht dem B die Hälfte des Nachlaſſes contra tabulas, dem Z die andere Hälfte secundum tabulas. B verlangt und erhält die bon. possessio;

---

certae partis urſprünglich »dimidiae partis«, was der ganze Zuſammenhang und namentlich die Worte »eiusdem partis« erfordern.

167) Vg. L. 3. §. 9. de bon. poss.

Z ſchlägt ſie aus. Wie iſt dieß aber möglich? Es iſt nach dem Obigen unzweifelhaft, und derſelbe Paulus beſtätigt es in einer andern Stelle [168]), daß der Vater die contra tabulas bon. possessio nicht erhält, ſo lange die Erbſchaft nicht angetreten iſt: und dennoch hat er ſie hier bekommen?

Dieſer ſcheinbare Widerſpruch hebt ſich indeſſen leicht. Der Prätor ertheilt bekanntlich die bon. poss., ohne viel nach den einzelnen Umſtänden zu fragen, und dieſe genau zu prüfen. Daraus folgt aber noch nicht, daß ſie mit vollen Rechtswirkungen verſehn ſei. B z. B. ging ihn darum an, und erhielt ſie. Tritt Z nun auch an, ſo wird dieſelbe von dieſem Augenblick an eine wahre contra tab. b. p., und er hat nicht mehr nöthig, ſie ſich von neuem geben zu laſſen. Schlägt aber Z aus, ſo iſt auch keine contra tab. b. p. des B vorhanden: denn ihre Entſtehung ſetzt immer den Antritt der Erbſchaft als nothwendig voraus. Grade mit dem letztern Fall haben wir es hier zu thun. Weil nun Z die Erbſchaft verſchmäht und kein anderer Teſtamenterbe mehr da iſt, tritt die geſetzliche Erbfolge ein: in welcher B, da keine Kinder des A vorhanden ſind, als alleiniger Erbe im Ordo: Unde legitimi gerufen wird. Er bekommt alſo jetzt

---

168) L. 4. pr. de bon. poss. c. t.

Digitized by Google

eine bon. possessio auf das Ganze. Auf die Hälfte hatte er aber ſchon früher eine ſolche bekommen, freilich contra tabulas. Sie verwandelt ſich aber leicht, da ja die Form des Agnoſcirens dieſelbe iſt, in eine ab intestato, und wird als ſolche erſt rechtskräftig. Da indeß jene kein jus adcrescendi zuläßt, und ſich nicht über ihre Hälfte ausdehnen kann, ſo behält ſie dieſe Eigenſchaft ſelbſt in ihrer Verwandlung noch bei, und der Vater muß den Prätor noch um eine bon. poss. für die andere Hälfte erſuchen.

Dieß ſcheint mir Paulus Anſicht geweſen zu ſein, doch iſt wohl ſein Raiſonnement nicht ganz richtig. Denn da die contra tab. possessio nie als ſolche wirklich entſtanden iſt, ſondern blos die Möglichkeit derſelben, und ſie in der Wirklichkeit gleich von Anfang als b. p. ab intestato erſcheint, ſo läßt ſich nicht recht begreifen, wie die beſondere Natur jener auf dieſe übergehen könne. Freilich iſt auch dieſe urſprünglich nur auf die Hälfte gerichtet, da nicht auf mehr agnoſcirt iſt; aber nach der Natur der bon. poss. ab intestato tritt unmittelbar und nothwendig jus adcrescendi ein. Ihr gemäß wird B, weil er der einzige Inteſtaterbe iſt, und einen Theil der Erbſchaft angetreten hat, ipso iure Erbe des Ganzen[169].

---

169) Vg. *Cujac.* in lib. 41 Pauli ad Edict und Comm. ad

Eine beſondere Ausdehnung erhält die bon. possessio des Vaters, wenn der Sohn ihn nicht blos ausgeſchloſſen, ſondern ihm zum Schimpfe eine verächtliche Perſon zu ſeinem Erben ernannt hat.

L. 3. pr. si a parente quis.

Paconius ait: si turpes personas veluti meretricem a parente [emancipatus et] manumissus heredes fecisset; totorum bonorum contra tabulas possessio parenti datur.

Solche Erben werden vom Prätor gegen den Vater gar nicht geſchützt, und dieſer erhält die ganze Erbſchaft.

Auf der andern Seite kann er ſich ſeines Rechts auch verluſtig machen, wenn er z. B. wegen unwürdiger Behandlung ſeines Sohnes gezwungen wurde, dieſen freizulaſſen[170].

Gegen das Teſtament eines Soldaten erhält deſſen Vater keine bon. possessio, nach den gewöhnlichen Privilegien, die ſolchen Teſtamenten zuſtehn[71].

---

ad tit. D de bon. poss., der die Stelle ähnlich erklärt, aber an derſelben keinen Anſtoß nimmt.

170) L. 3. si a par. quis. L. 19 pr. de bon. libert.

71) L. 1. §. 4. si a parente quis. L. 3. §. 6 de bon. libert. L. 30 de test. milit.

Drittes Buch.

Lehre vom pflichtwidrigen Teſtament.

Querela de inofficioso testamento.

---

§. 16.

Es war bis jetzt blos von Teſtamenten der Väter die Rede, welche wegen Uebergehung des Sohns von Anfang an nichtig, oder ſpäter durch Geburt eines Afterkindes zerſtört, oder vom Prätor um derſelben Urſachen willen ihrer Kraft größten Theils beraubt wurden. Wenn aber der Vater ſein Kind gehörig mit Beobachtung aller vorgeſchriebnen Formen enterbt hatte, ſo hatte das Teſtament nach beiden Rechtsſyſtemen volle Gültigkeit und ungeſtörte Kraft. Dem Kind ſtand kein Rechtsmittel zu, wider daſſelbe irgend einen Theil des väterlichen Vermögens zu erhalten. Dieß konnte indeß, beſonders in der ſpä-

Digitized by Google

tern Zeit, oft ſehr bedenklich ſcheinen. Denn es war dem Vater gar zu leicht gemacht, aus keinen oder ſehr ſchlechten Gründen ſeine Kinder von der Erbſchaft auszuſchließen, denen ſie doch eigentlich nach Natur und Recht zukommen ſollte, und ſie ganz fremden Perſonen, vielleicht einem liederlichen Gefährten, einer Buhlerinn, oder einem politiſchen Gönner zuzuwenden.

Ein noch allgemeineres Bedürfniß mußte fühlbar werden bei den Teſtamenten der Mütter. Hatten dieſe in ihrem letzten Willen ihre Kinder übergangen, ſo ſchützte niemand dieſelben. Wurden ſie ungerecht enterbt, ſo nahm ſich niemand ihrer an. Das Civilrecht gewährte ihnen keine Hülfe; denn es ſorgte blos für die Kinder in der Gewalt. Die Mutter hatte überall keine Gewalt, daher auch keine über ihre Kinder. Der Prätor aber hatte ſein Edict jenem analog eingerichtet, und den Kindern in der Gewalt nur die Kinder zugeſellt, welche aus der Gewalt heraus getreten ſind, aber doch als noch darin befindlich gedacht werden können. Beides iſt nicht möglich in Bezug auf die Mutter [171a].

171a) Gaj. III. 71. §. 3. J. de hered. qualit. L. 4. §. 2. de bon. poss. c. t. L. 13. de suis et legit.

Daß hier nicht ſchon früher für die Kinder der Mutter geſorgt wurde, erklärt ſich beſonders aus zwei Umſtänden. Fürs erſte war nach alter Römiſcher Anſicht das rechtliche Verhältniß beider zu einander überhaupt nicht ſehr enge. Es wurde von der Familiengewalt des Vaters zurück gedrängt und in Schatten geſtellt. So hatten die Kinder urſprünglich nicht einmal ein Inteſtaterbrecht am Vermögen der Mutter, bis ſie der Prätor in ſeiner Erbfolge, aber erſt unter den Cognaten dazu einlud. Unter Marc Aurel endlich wurden ſie durch das S. C. Orphitianum an der Spitze der Agnaten als nächſte Erben gerufen. Nur wenn die Mutter in der Kindſchaft des Vaters lebte, war ſie mit ihren Kindern von Alters her durch das Band der Familiengewalt enge verbunden: und ſie beerbten ſich gegenſeitig als Geſchwiſter.

Ferner konnten die Frauen nach altem Recht keine Teſtamente machen, da ſie in der Volksverſammlung nicht Zutritt hatten. Wahrſcheinlich erhielt ſich dieſe Unfähigkeit ſelbſt noch nach den XII Tafeln in ihrer ganzen Strenge lange Zeit. Zu Ende der Republick war ſie beſchränkt auf die Frauen, welche noch keine Capitis Deminution erlitten hatten: und ſo mochte es noch einige Zeit hindurch geblieben ſein. Frauen in oder Wittwen aus einer freien Ehe wa-

Digitized by Google

ren daher meiſtens nicht berechtigt zu teſtiren; und bei ihnen gerade fand auch keine Inteſtaterbfolge ihrer Kinder ſtatt. Wohl aber hatten jenes Recht die Wittwen aus ſtrenger Ehe, welche auch ab intestato von ihren Kindern beerbt wurden. Die Fähigkeit zu teſtiren ward indeß immer allgemeiner, und wohl ſchon von Hadrian auf alle Frauen ausgedehnt. Damit darf indeß ja nicht verwechſelt werden, daß ſie an die Autorität ihrer Tutoren gebunden waren [172]. Auf dieſe Weiſe wurden auch die Teſtamente der Mütter ungleich häufiger, als früher, und mit der Möglichkeit, die eignen Kinder ungeſtraft zu übergehn, wuchs auch das Bedürfniß nach Hülfe: zumal da die Anſicht der Zeit jetzt mehr als früher das enge natürliche Verhältniß zwiſchen Mutter und Kind anerkannte, und zu ſchützen ſuchte.

Es wurde daher, um der Noth abzuhelfen, eine neue Klage ſolchen Fällen angepaßt, welche dem großen Anſehn des Gerichtshofes der Centumviri ihre Ausdehnung und bedeutende Kraft zu verdanken hat. Dabei zeigte der Sohn, daß er ungerechter Weiſe

172) Cic. Top. 4. Gaj. I. 115. a. II. 113. 118. Die Sache verdiente wohl eine neue Unterſuchung. Beſondere Schwierigkeiten macht das abweichende Recht der Freigelaßnen.

Digitized by Google

vom Vater enterbt, oder von der Mutter übergangen [173]) worden ſei, und die Macht der Centumvirn ſtieß einen ſolchen zwar vollgültigen aber unbilligen letzten Willen gänzlich um, als ob ihn ein Geiſteskranker und Wahnſinniger errichtet hätte. Dieſes iſt die berühmte *querela de inofficioso testamento*, deren nähere Erörterung uns jetzt beſchäftigen ſoll. Wie ſehr dieſe aber mit Schwierigkeiten mancherlei Art zu kämpfen hat, wie vieles darin räthſelhaft iſt, weiß jeder. Mehres, das man ſchon feſt zu halten glaubt, gerinnt einem gleichſam unter den Händen, und zerfließt wieder. Beſonders aber entgehn uns hier beſtimmte und feſte Formeln, auf die wir uns, wie in vielen andern Gebieten unſrer Wiſſenſchaft, als an ſichere Stützen lehnen könnten.

Wann dieſe Klage zuerſt in Gebrauch kam, darüber läßt ſich, wie ich glaube, nichts mit Gewißheit ausmitteln. Nach der gemeinen Anſicht ſoll ſie ſchon zu Ciceros Zeit beſtanden haben. Allein die

---

173) Beiſpiele von Teſtamenten der Mutter, gegen welche die Klage angeſtellt wird, enthalten Plinius Ep. V. 1. Paul. R. S. IV. 5. §. 2. L. 5. L. 13. L. 16. pr. L. 27. §. 4. L. 19. L. 28. L. 29. §. 1. h. t. (de inoff. test.) c. 1. c. 3. c. 15. C. eod. Vg. beſonders *A. Heise* dissert. inaugur. de successoribus necess. Göttingae 1802. pag. 24. No. 4.

Stelle [174]), welche gewöhnlich dafür angeführt wird, ſcheint mir eher das Gegentheil zu beweiſen. Sie lautet ſo:

Jure, legibus, auctoritate omnium, qui consulebantur, testamentum P. Annius fecerat, *non improbum, non inofficiosum, non inhumanum. Quod si ita fecisset, tamen post illius mortem nihil de testamento illius novi juri constitui oporteret* [75]).

Hier wird Alles auf den Ausdruck inofficiosum testamentum abgeſtellt, und daraus viel zu raſch auf das Daſein einer querela de inofficioso testamento geſchloſſen; als ob dieſer Ausdruck nicht nothwendig der Benennung der Klage voran gegangen ſein müßte. Dann ſcheint er hier keineswegs techniſch gebraucht, ſondern blos umſchreibend zwiſchen ähnlichen Begriffen, was auch wieder der ganze Zuſammenhang zeigt. Endlich ſagt Cicero: Wenn auch das Teſtament unbillig, pflichtwidrig, grauſam geweſen wäre, ſo könnte der Prätor nach des Erblaſſers Tode kein neues Recht darauf anwenden z. B. ein ſpäter gegebnes Geſetz.

---

174) Cic. II. in Verr. I. c. 42. Vg. Hugo Rechtsgeſchichte S. 513. *Heineccius* Antiq. Rom. S. 457. (Haubold).

75) Vg. Cic. l. c. c. 43. »Solus enim tu inventus es, cui non satis fuerit, corrigere voluntates vivorum, nisi rescinderes mortuorum.«

Es iſt hier alſo keine Rede von der Querel; und wäre dieſe damals gebräuchlich geweſen, ſo hätte Cicero wohl auch ſeine Ausdrücke anders gewählt, und überhaupt den Satz anders geſtellt.

Valerius Maximus hat uns eine Reihe von Beiſpielen aufbewahrt, worin gültige Teſtamente wegen ihres pflichtwidrigen Inhalts umgeſtoßen wurden. Dieſen fügte er noch andere bei, in welchen ſolche Teſtamente ungeachtet ihres unziemlichen Inhalts dennoch erhalten wurden. Doch iſt ſeines ungenauen Ausdrucks wegen viel weniger daraus zu lernen, als man erwarten ſollte.

So ſoll namentlich ſchon zu Pompejus Zeit ein junger Römer, ob er gleich durch Adoption in eine fremde Familie über getreten war, das Teſtament ſeines natürlichen Vaters bei den Centumvirn umgeſtürzt haben, weil dieſer ihn darin übergangen [176]).

Ferner wies Auguſtus ein Kind, welches von

176) Val. Max. VII. 7. 2. Vg. überh. *Schulting* Dissert. de testam. rescissis ad Val. Max. VII. 7. in ſeinen Commentat. academic. Halae 1770. Vol. I. p. 265. folg. Hier bekam M. Annejus ohne Zweifel eine bonorum possessio: Unde cognati. Schulting S. 278. folg. Eine contra tabulas bon. poss. konnte er nicht erhalten, weil er ein Mitglied einer fremden Familie war.

ſeinem Vater unbillig enterbt war, durch ein beſonderes Decret in deſſen Vermögen ein [177]).

Auf ähnliche Weiſe zerſtörte derſelbe Kaiſer durch ſeine Machtvollkommenheit das pflichtwidrige Teſtament der Septicia, welche ihre Kinder aus der erſten Ehe überging. Auch hier erbten die Kinder als nächſte Cognaten, nach Schultings Meinung. Ich möchte indeß die andere Erklärung vorziehn, daß ſie als Agnaten erbten, indem die Mutter zuerſt in ſtrenger Ehe lebte, und nur ſpäter in eine freie getreten war. Dieß ſchließe ich mehr aus der Teſtirfähigkeit derſelben, als aus dem Worte »hereditas« [78]).

Sehr willkührlich ſcheint aber das Verfahren des Prätor *C. Calpurnius Piso,* welches ſelbſt Schulting nicht rechtfertigen kann. Doch trifft die Schuld wahrſcheinlich eher den ſchlechten Erzähler, als den Prätor. Dieſer ſoll nämlich dem Vater eines in Adoption gegebnen Sohns, ungeachtet derſelbe jenen ausdrücklich enterbt hatte, die bonorum possessio in ſeinen Nachlaß ertheilt, und den geſchriebnen Erben gar keine Vertheidigung des Teſtaments vor den Centumvirn geſtattet haben. Daß hier keine ordentliche querela de inoff. test. vorkam, iſt einleuchtend. Ueber-

---

177) Val. M. VII. 7. 3.

78) Val. M. VII. 7. 4. Schulting S. 286.

dieß iſt die Zeit ganz unbekannt; und es ſcheint gänzlich aus der Luft gegriffen, dieſen Piſo für denſelben zu halten, welchen Pighius ins Jahr 682 ſetzt: zumal da die Lesart beſtritten iſt. Am allerwenigſten darf man aber hieraus auf das hohe Alter der querela einen Schluß machen [179].

Dagegen vermochte Longus das Teſtament ſeines nächſten Verwandten Tuditanus bei den Centumvirn nicht umzuſtürzen, obgleich derſelbe ihn übergangen, und einen Fremden eingeſetzt hatte [80].

Ferner hätte nach Valerius Afrania das unbillige Teſtament ihrer Mutter Aebucia, worin ſie übergangen und blos ihre Schweſter eingeſetzt war, wohl durch das Centumviralgericht zu nichte machen können: aber ſie unterließ es aus Zartgefühl [81].

Ebenſo wollte Pompejus Rheginus das Teſtament ſeines Bruders, worin ihm entferntere Ver-

---

179) Val. M. VII. 7. 5. Schulting S. 287. Andere leſen »praefecti Urbis,« ſtatt »praetoris urbani.« *Heinecc.* A. R. S. 457.

80) Val. M. VII. 8. 1. Die Lesart: »Testamento is filium instituit hat keinen Sinn. Rupertus vermuthete trefflich: »Testamento Ofilium inst.«

81) V. M. VII. 8. 2.

wandte und Freunde vorgezogen waren, aus Schonung nicht anfechten [182]).

Auch die Conſuln ſollen zuweilen, durch ihre Macht den Umſturz unbilliger Teſtamente bewirkt haben [83]).

Aus allem dieſem geht mit Sicherheit hervor, daß die Klage gegen ein pflichtwidriges Teſtament noch ſehr unbeſtimmt war, und weder durch Geſetz noch Edict eingeführt und mit feſten Regeln verſehn wurde. Sondern in einigen beſondern Fällen, deren Ungerechtigkeit augenſcheinlich war, wandte ſich der beleidigte Blutsverwandte an den mächtigen Gerichtshof der Centumvirn oder den Kaiſer, und ſuchte bei ihnen Hülfe gegen das unbillige Teſtament. Sowohl jene als dieſer benutzten dabei ihr großes Anſehn, um dergleichen letzte Willen unwirkſam zu machen, und den Nachlaß der Familie zuzuwenden.

Auf dieſem Grunde erhob ſich die ganze Lehre, welche ganz durch die Juriſten erſt gebildet wurde. Dieſe wurden ja von dem Kaiſer zu Rathe gezogen, und auf ſie hörten die übrigen Centumvirn. Was anfangs ganz ausnahmsweiſe in wenigen aus-

---

182) V. M. VII. 8. 3.

83) Quinctil. J. O. VII. 4. wenn nicht vielleicht ſtatt Consules zu leſen iſt Centumviros.

gezeichneten Fällen geſchah, wurde allmählig näher begränzt und beſtimmt, und mit feſten Regeln verſehn.

Auf dieſen Urſprung deutet auch unverkennbar folgende Stelle des Quinctilian [184].

Jam *praejudiciorum* vis omnis tribus in generibus versatur: *rebus*, quae aliquando ex paribus causis sunt judicatae, quae *exempla* rectius dicuntur, *ut de rescissis patrum testamentis vel contra filios confirmatis.*

Die ganze Kraft des Klägers ſowohl als geſchriebnen Erben beſtand alſo darin, daß ſie ſich auf ähnliche Beiſpiele berufen konnten, worin ebenfalls Teſtamente ihres pflichtwidrigen Inhalts wegen zerſtört, oder gegen die Anfechtungen der Kinder aufrecht erhalten wurden: nicht aber in einem Geſetze, oder überhaupt ſichern Rechtsregeln, wie faſt in allen andern Fällen.

Doch wiſſen wir [85], daß ſchon zu Trajans und der Antoninen Zeiten unſre Lehre ziemlich ausgebildet und mit einer gehörigen Theorie verſehn war. Auch gebe ich gerne zu, daß Einzelnes durch

---

184) Inst. Orat. V. 2. Vg. auch Schulting a. a. O. S. 284.

85) Vg. beſond. Plin. Epist. V. 1. VI. 33.

Geſetze ergänzt, näher beſtimmt, oder beſtätigt wurde [186].

Das Princip nun, welches dieſer ganzen Lehre vom pflichtwidrigen Teſtamente zu Grunde liegt, iſt etwa folgendes.

Es iſt der Natur und Billigkeit durchaus angemeſſen, daß jeder Erblaſſer wenigſtens einen Theil ſeines Vermögens den mit ihm durch die Bande des Bluts aufs engſte verbundenen Perſonen hinterlaſſe, und ihnen nicht ganz fremde Perſonen als Erben vorziehe, noch ſie anders, als aus einer bedeutenden, trif-

186) Die Frage nach dem Urſprung dieſer Klage iſt äußerſt beſtritten worden. Es wäre indeß überflüſſig, die ververſchiednen Anſichten der neuern Juriſten aus einander zu ſetzen. Daß ſie durch die lex Glicia eingeführt ſei, wie einſt ſelbſt der große Cujas, durch die Ueberſchrift der L. 4. h. t. verführt, annahm, wird jetzt niemand mehr glauben. In einer beſondern Abhandlung vertheidigte dieſe Meinung *Car. Lovardus* de vera orig. querelae inoff. test. ex lege Glicia Dresdae 1762. Andere leiteten ſie aus kaiſerlichen Conſtitutionen, andere aus dem Edict des Prätor, andere endlich aus dem Anſehn der Juriſten her. Verſchiedne Meinungen finden ſich ausgeführt in folgendem Buche: S. T. *Siccama* de Judic. Centumv. editt. a Car. Fr. *Zepernick* Halae 1776. 8. Vg. beſ. c. 6. und daſelbſt Zepernick in No. e. Glücks Pandekten. Bd. VII. S. 363—370.

tigen Urſache vom Nachlaſſe ausſchließe. Wer dawider handelt, deſſen ungerechter letzter Wille verdient auch vom Staate weder Anerkennung noch Schutz. Doch ließ ſich dieſes nicht auf einmal unmittelbar erreichen, da das Geſetz der XII Tafeln zu beſtimmt allgemeine Teſtirfreiheit forderte. Die Juriſten halfen daher durch eine Fiction. Ein ſolches Teſtament, ſagten ſie, kann nicht aus einem geſunden Willen des Erblaſſers hervor gegangen ſein. Wäre er recht bei Sinnen geweſen, ſo hätte er ſeine nächſten Verwandten nicht ausſchließen können. Er war in dieſer Beziehung wahnſinnig und verrückt; und ſo wird das Teſtament als das eines Tollen umgeſtürzt. Dieſe Tollheit wird indeß natürlich nur fingirt, und kann daher nicht unmittelbar wirken.

Zu dieſem Zwecke nun dient die *querela de inofficioso testamento*, welche vor das Centumviralgericht gebracht wird, ſo wie die Klagen über Erbe und Eigen überhaupt.

§. 17.

Vor allen Dingen müſſen wir nun die Perſonen etwas näher ins Auge faſſen, denen dieſe Klage ertheilt wird. Sehn wir auf den allmähligen, unbeſtimmten Urſprung derſelben, ſo wird es von vorne

herein wahrſcheinlich, daß auch hier anfangs keine Beſchränkung auf einen engen Kreis von Perſonen Statt gefunden, ſondern jeder in beſondern Fällen, wenn er nur ein Inteſtaterbrecht hatte, einen letzten Willen als pflichtwidrig umwerfen konnte. Dieß beſtätigt ſich auch durch die obigen Beiſpiele des Valerius Maximus, und beſonders noch durch eine Stelle Ulpians, welche an der Spitze unſers Digeſtentitels ſteht.

L. 1. h. t.

Ulpianus lib. 14. ad Edict. Sciendum est, frequentes esse inofficiosi querelas; omnibus enim, tam parentibus quam liberis de inofficioso licet disputare. *Cognati enim proprii, qui sunt ultra fratrem, melius facerent, si se sumtibus inanibus non vexarent, cum obtinere spem non haberent.*

Dieſe Stelle zeigt deutlich, wie ſich allmählich die Klage blos auf Eltern, Kinder und Geſchwiſter beſchränkte, aber ſogar in Ulpians Zeiten noch die übrigen Cognaten keineswegs rechtlich davon ausgeſchloſſen waren, ſondern nur keine Hoffnung haben konnten, wegen ihrer ſchon weitern Verwandtſchaft, das Teſtament des Erblaſſers als frevelhaft gegen ſie darzuſtellen [187].

---

187) Ueber die allgemeine Anſicht der Römer ſelbſt rückſicht=

Digitized by Google

Unſre Klage ſteht alſo zuvörderſt allen Kindern im weiteſten Sinne zu. Und zwar gehören nicht blos die in der Gewaltlebenden, und die dieſen vom Prätor Gleichgeſtellten hieher, ſondern alle Deſcendenten überhaupt, natürliche und künſtliche, mögen ſie von der Mutter abſtammen, oder vom Vater [188]. Daher können auch unehlich geborne Kinder gegen das Teſtament ihrer Mutter, deren nächſte Blutsverwandte ſie ja ſind, klagen; freilich nicht gegen das des Vaters, weil ſie keinen haben nach Römiſchem Recht. [89].

Die adoptirten Söhne haben natürlich das Recht, gegen das Teſtament ihres Adoptivvaters zu klagen, da ſie ſeinen ächten Kindern in jeder Hinſicht gleich ſtehen, und von dem Recht auch als die nächſten Blutsverwandten betrachtet werden. Wie verhalten ſie ſich aber zu ihrer Adoptivmutter? Lebt dieſe mit

---

lich ferner Verwandter vg. auch Cic. pro Cluent. 59. Die Fälle bej Sueton. Calig. 38, Nero 32, Tiber. 51, und Galba 5 vg. m. Tac. Ann. V. 1. gehören wenigſtens der Analogie wegen hieher. Vg. L. 6 §. 1. h. t. *Ed. Schrader* Commentatio de nexu concessionis ab intestato et querelae inofficiosi testamenti. Götting. 1802. p. 8 — 14. Er widerlegt die abweichenden Anſichten mehrer Gelehrten ſehr richtig.

188) Pr. §. 2 J. h. t. L. 1 L. 2 §. 27 §. 3. D. c. 7. C. h. t.

89) Gaj. I. 63. L. 29. §. 1. h. t. c. 4. §. 3. C. Th. de legit. hered. vg. m. c. 9. C. de suis et legit.

dem Adoptivvater in ſtrenger Ehe, ſo ſind ſie mit ihr ebenfalls durch die nämliche Gewalt verbunden, und haben ein gegenſeitiges Inteſtaterbrecht als Geſchwiſter. Als Kinder dagegen können ſie auf keine Weiſe klagen. Lebt dieſelbe aber in der ſpäter allein gewöhnlichen freien Ehe, ſo ſind ſie nicht im mindeſten verwandt, und von geſetzlicher Beerbung kann keine Rede ſein. Ueberhaupt hat ja die Mutter keinerlei Art Gewalt, ſo wenig über ihre eignen Kinder, als über adoptirte, und die ganze fingirte Blutsverwandtſchaft der Adoptirten beruht einzig und allein auf dieſer Gewalt. Hat indeß der Kaiſer ausnahmsweiſe einer Frau das Recht der Adoption aus beſonderer Gunſt verliehen, ſo verſteht ſich, daß ein ſolches Adoptivkind auch das unbillige Teſtament dieſer verſtorbenen Adoptivmutter anfechten kann. [190]).

Juſtinian änderte hierin durch ſein bekanntes Geſetz über die Adoption vom Jahr 530 manches. [91])
Ein von einem Fremden adoptirter Sohn ſollte deſſen Teſtament auf keine Weiſe angreifen können, und dieſer überhaupt in ſeinem letzten Willen gar keine Notiz von ihm nehmen müſſen. Dagegen kann jener

---

190) c. 5. C. de adopt. L. 29 §. 3. h. t.

91) c. 10 C. de adopt.

allerdings das Teſtament ſeines natürlichen Vaters durch die Klage umſtürzen. Ueber dieſen Punkt war früher Streit unter den Juriſten geweſen. Einige hatten die Klage geſtattet, andere, wie Papinian, aber verweigert, obgleich ein Adoptivſohn allerdings ein Inteſtaterbrecht an dem Nachlaß des natürlichen Vaters hatte [192]). Vielleicht bezog ſich indeß der Streit auf die von einigen verlangte Gleichſtellung der Adoptivkinder mit den Kindern des natürlichen Vaters in Bezug auf die Klage und Inteſtatſucceſſion, wie Schrader [93]) vermuthete. Doch möchte ich nichts beſtimmtes behaupten, da man zugleich annehmen müßte, Juſtinian habe die eigentliche Bedeutung deſſelben nicht verſtanden.

Iſt dagegen der Adoptivvater zugleich auch ein natürlicher Vorfahre des adoptirten Kindes, gleichviel ob von väterlicher oder von mütterlicher Seite, ſo tritt die alte Adoption mit ihren vollen Wirkungen ein. Das Kind erhält auch die Klage gegen das Teſtament deſſelben, welche ihm aber in dieſem Falle verweigert wird gegen das ſeines natürlichen Vaters. Es ſoll nicht zwei Väter haben, noch beider letzte Willen umſtürzen können. Der

192) L. 1. §. 4. Unde cognati. c. 10. pr. §. 1. cit.
93) De nexu u. ſ w. p. 16.

nämliche Grund mochte auch wohl den Papinian zu ſeiner Meinung bewogen haben, wiewohl ſie auf der andern Seite gegen die Anſicht der prätoriſchen Inteſtaterbfolge verſtößt [194].

Bei den Abrogationen dauert ebenfalls das alte Recht fort [95]. Ob ſich die vom Kaiſer geſtattete Adoption einer Frau nach der Analogie dieſer oder der gewöhnlichen Adoption richte, wird von den Neuern beſtritten. Ich möchte indeß die erſtere Meinung vorziehn, eben wegen ihrer ausdrücklichen Beſtätigung des Kaiſers, der ſie der Mutter grade zum Troſt für die ihr von der Natur verſagten leiblichen Kinder ertheilt [96].

Nach dieſer neuen Verordnung iſt denn auch, was oben über die *bonorum possessio contra tabulas* der Adoptiveltern geſagt wurde, zu modificiren. Was allgemein von der Adoption gegolten, beſchränkt ſich nun auf die noch vollwirkende Adoption der natürlichen Vorfahren.

---

194) Pr. c. cit. »ad eam tantummodo filius adoptivus spem totam extendat, et non patris naturalis successionem molestare concedatur. — — Et is *solus pater* intelligatur, quem lex fecit, et non natura dereliquit.«

95) C. cit. §. 5.

96) Vg. Schrader l. c. p. 25.

Auch Afterkinder können gegen ein pflichtwidriges Teſtament klagen, und zwar nicht blos ſolche, welche ohne den frühen Tod des Vaters in deſſen Gewalt gekommen wären, ſondern auch die nach dem Tode der Mutter und ihrer Vorfahren gebornen Kinder haben die Klage gegen den letzten Willen dieſer. Denn es kommt hier blos auf die Cognation an.

L. 6. pr. h. t.

Ulpianus lib. 14. ad Edictum. Postumus inofficiosum testamentum potest dicere eorum, quibus *suus heres, vel legitimus* potuisset fieri, si in utero fuerit mortis eorum tempore. Sed *et cognatorum: quia et horum ab intestato potest bonorum possessionem accipere.* Quid ergo? eis imputatur, cur intestati non decesserint? [197]) sed hoc nemo apud judicem potest impetrare; non enim interdicitur testamenti factione. Hoc plane ei imputare potest, cur eum heredem non scripserit: potuit enim scriptus heres in possessionem mitti ex clausulo de ventre in possessionem mittendo: item natus secundum tabulas haberet. Simili modo

---

197) Holoander lieſt: »si in utero mortis tempore *non fuisset.*« Ebenſo alte Ausgaben. Dieſe Lesart kann denſelben Sinn haben; doch haben die Baſiliken die Negation ebenfalls nicht, und genauer iſt auf jeden Fall doch die Lesart der Flor. Basil. Th. V. S. 196. Statt »decesserint« hat die Florent. »decesserant.«

et eum, qui *post testamentum matris* factum, exsecto ventre extractus est, posse queri dico [198]).

Vor allem iſt dieß klar bei den eigentlichen Afterkindern, die in die Gewalt des Erblaſſers getreten und *sui heredes* geworden wären, wenn er nicht vor ihrer Geburt geſtorben wäre.

Aber auch die nachgebornen Kinder, welche zur Klaſſe der *legitimi* gehören, z. B. Brüder oder Kinder der Mutter ſeit dem SCtum Orphitianum ſollen nicht enterbt werden ohne Grund. Selbſt bloße Cognaten, z. B. der mütterliche Großvater, oder vor dem SCtum Tertullianum die Mutter ſelbſt, oder der Enkel, welcher von einem in Adoption gegebnen Sohn erzeugt wurde, haben die Klage gegen das pflichtwidrige Teſtament. Hier macht der Juriſt aber ſich einen Einwurf: Wie? Sollen die Erblaſſer kein Teſtament mehr machen dürfen, wodurch ſie den Folgen der querela inofficiosi entgehen können? Sollen ſie alle als intestati ſterben müſſen, ſo bald postumi erſcheinen? Dergleichen postumi können ſie ja gar nicht einſetzen, denn auch die lex Iunia erſtreckt ſich keineswegs auf Agnaten oder gar bloße Cognaten. Setzen ſie dieſelben dennoch ein, ſo iſt dieß ungültig; die Nachgebornen ſind alſo immer übergan-

198) Vg. c. 34. C. h. t.

gen, und haben die Querela, mit der ſie das Teſta-
ment umſtürzen. So iſt es wohl nach altem ſtrengen
Recht.[199]) Aber dieß kann niemand mehr, ſagt Ul-
pian, beim Richter durchſetzen. Denn der Prätor
geſtattet allerdings die Einſetzung eines auch entfern-
teren Nachgebornen, und ertheilt ja zu dieſem Behuf
die bonorum possessio ventris nomine. Der Erblaſſer
kann alſo dieſelben in ſeinem Teſtament bedenken, und
ſoll es auch. Nur wenn er es nicht gethan hat, ſteht
dieſen die Klage zu[200]).

Außer den Nachkommen können auch ſämmt-
liche Vorfahren beider Linien und Geſchlechter,
welche ihre Kinder überleben, die pflichtwidrigen Te-
ſtamente derſelben anfechten[201]). Ein deutliches Zei-

---

199) Gaj. II. 241. 242. 287. L. 7 pr. de bon. possess. ventris nom.

200) Vg. beſonders Cujas Erklärung zu dieſer Stelle. Comment. in tit. D. de inoffic. test. *G. Noodt* ad Dig. in Opp. Lugd. Batav. 1724. tom. II. p. 159. Ein weitläufiges Griechiſches Scholion zu dieſer Stelle findet ſich in Fabrots Baſil. Th. V. S. 226 fgg.

201) Daß man ſchon frühe es für ſehr unbillig hielt, im Teſtamente die Eltern zu übergehn, zeigt Cicero pro Cluent. 15. »Nam Avitus usque ad illius judicii tempus, nunquam testamentum umquam fecerat. Neque enim legare eiusmodi matri poterat in animum inducere; *neque testamento nomen ejus omnino praeter-*

chen, wie ſehr es hiebei blos auf das natürliche Band der Blutsverwandſchaft ankomme, iſt namentlich auch das, daß der Vater ſelbſt gegen das Teſtament ſeines in Adoption gegebnen, alſo jetzt in einer fremden Familie lebenden Sohnes, wirkſam klagen kann [202]).

Den Geſchwiſterten wurde ohne Zweifel in der klaſſiſchen Zeit ohne Unterſchied die Klage gegeben. Auf dieſe aber wurde ſie durch ein Geſetz der Kaiſer Diocletian und Maximin vom J. 294 [3]) beſchränkt, und alle übrigen Seitenverwandte ausgeſchloſſen, ohne Zweifel auch die übrigen Agnaten.

Conſtantin verordnete nun, Geſchwiſter, welche blos durch die Mutter verwandt ſeien (uterini), ſollen nicht zugelaſſen werden zur Klage, ſondern blos *germani*, d. h. Geſchwiſter durch beide Eltern. Ohne Zweifel befaßt dieſer Ausdruck auch die blos durch den Vater verwandten Geſchwiſter, und iſt hier gleichbedeutend mit consanguinei. Dieß ergibt

---

mittere parentis.« Vg. L. 1. L. 15. pr. h. t. L. 7. §. 1 unde liberi. c. 6. C. de transact.

202) L. 30. pr. h. t. Val. Max. VII. 7. 5. Vg. die Gloſſe *Agere potest* zu dieſer Stelle. Es darf durchaus nicht an den Fall gedacht werden, wo die Adoption z. B. durch Emancipation aufgehoben iſt.

203) c. 21. C. h. t. Vg. L. 1. D. h. t.

Digitized by Google

ſich ſchon aus dem Gegenſatz mit der größten Sicherheit, ebenſo aber auch aus der beigefügten Beſtimmung: *adgnatione durante*. Selbſt dieſen wird nämlich nur inſofern die Klage geſtattet, als ſie unter den Agnaten erben können. Juſtinian nahm dieß Geſetz auch in ſeinen Codex auf. Er nennt wirklich ſtatt der germani die *consanguinei*. Zugleich hob er die Bedingung der fortdauernden Agnation auf: und grade deswegen mochte auch Tribonian, weil wenigſtens ein deutliches Zeichen weggefallen war, den paſſenden eigentlichen Ausdruck an die Stelle des zweideutigern geſetzt haben [204].

Der Unterſchied zwiſchen uterini und consanguinei, der dadurch hervorgebracht wird, iſt offenbar eine Inconſequenz, und verſtößt ganz gegen den übrigen Gang des Römiſchen Rechts, welches immer mehr die Cognation allein geltend machte. Am unpaſſendſten iſt er aber in Juſtinians Geſetzgebung, da dieſer ihn beſtehn ließ, ungeachtet er ſeinen eigentli-

---

204) c. 1. C. Th. de inoff. test. c. 27 C. J. eod. Vg. *Iac. Gothofred.* ad L. 1 cit. C. Theod. *Heise* Diss. cit. p. 26 — 28. *Schrader* Diss. p. 20. 21. 27 — 32. — *I. H. Böhmer* Dissert. de querela inoff. fratrum consanguin. in ejusdem Exerc. ad Dig. Lib. V. t. 2. tom. II. p. 813. geht zu weit, wenn er die Klage auch auf die Geſchwiſterkinder ausdehnen will. Vg. unten Note 367.

chen Grund, die Fortdauer der Agnation, im nämlichen Geſetze aufhob, und ungeachtet derſelbe Kaiſer durch eine andere Verordnung [205]) die uterini in der Inteſtaterbfolge zu den consanguinei herauf hob. Ich kann mir die Sache daher nicht anders als aus einem Verſehen der Compilatoren erklären.

Außerdem muß ich noch einer Beſchränkung erwähnen, welche durch das nämliche Geſetz eingeführt wurde. Die Geſchwiſter ſollen nämlich nur dann die Klage haben, wenn ehrloſe, anrüchige oder unanſtändige Perſonen ihnen als Erben vorgezogen, und ſie dadurch noch beſonders beſchimpft wurden. Es herrſchen mancherlei Meinungen unter den neuern Juriſten über den Begriff dieſer ſchändlichen Perſonen. Doch glaube ich, es werde mit vollem Recht die Anſicht immer mehr die Oberhand gewinnen, daß nicht an einen abgeſchloſſenen, bleibend geregelten Begriff zu denken ſei, ſondern ſich dieſer nach der beſondern Beſchaffenheit und Eigenthümlichkeit jedes einzelnen Falles, nach der allgemeinen Anſicht der Zeit und dem gangbaren Urtheile der Leute richte. So waren z. B. die Freigelaſſenen durchaus keine ehrloſen Perſonen; dennoch galt es für Entwürdigung, wenn man einen ſolchen dem leiblichen Bru-

205) c. 15. §. 2. C. de legit. hered.

Digitized by Google

der vorzog. Daſſelbe würde wohl Statt finden, wenn ein hoher Adlicher ſeinem Bruder zum Trotz und Hohn z. B. einen Küchenjungen oder eine Maitreſſe ſtatt deſſen zum Erben ernennte [206]).

Eine intereſſante Frage beantwortet noch Ulpian [7]), nämlich: wer das Teſtament eines Unmündigen anfechten könne? Hat die Mutter dieß Recht? Dieß läugnet der Juriſt, weil der Vater daſſelbe errichtet hatte, und die Liebloſigkeit dieſem, nicht dem Unmündigen zur Laſt fällt. Gegen ihn aber kann ſie auf keine Weiſe ſich beklagen, da er nicht verpflichtet iſt, ſie zu bedenken. Aber auch der Bruder des Vaters hat kein Recht, weil es ſeinem Inhalt nach doch Teſtament des Sohns iſt, und er auf den Nachlaß dieſes keine Anſprüche hat. Der Bruder des Sohns kann es eben ſo wenig unmittelbar anfechten, wohl aber mittelbar.

---

206) Vg. Val. Max. VII. 8. 4. §. 1. J. h. t. c. 1. c. 3. C. Th. h. t. Valett a. a. O. S. 75. a). *Iac. Gothof.* ad c. 3. C. Th. cit. *Donell.* Comment. de J. C. L. VI. c. 14. §. 10 in Buchers Ausg. B. III. S. 384.

7) L. 8 §. 5 h. t. »Sed nec impuberis filii mater inofficioſum testamentum dicit, quia pater ei hoc fecit; et ita Papinianus respondit, nec patris frater, quia filii testamentum est: ergo nec frater impuberis, si patris non dixit. Sed si in patris obtentum est, nec hoc valebit, nisi pro parte patris rescissum est: tunc enim pupillare valet.«

Denn er hat zugleich die Klage gegen das Teſtament des Vaters. Stürzt er dieſes um, ſo fällt die Subſtitution von ſelbſt zuſammen. Zerſtört er es aber nur zum Theil, wie dieß leicht möglich iſt, wenn der unmündige Bruder darin eingeſetzt wurde, ſo muß er wohl gegen die Subſtitution noch beſonders klagen[208].

§. 18.

Wie nun aber, wenn mehre Perſonen aus verſchiedenen zur Klage berechtigten Klaſſen zur gleichen Zeit vorhanden ſind? Welche von ihnen haben vor andern den Vorzug? Hiebei iſt dieſes außer Zweifel, daß die Kinder alle übrigen berechtigten Perſonen ausſchließen. Erſt wenn ſie die Klage nicht durchfechten können, oder nicht durchfechten wollen, dann können die Eltern auftreten, und das Teſtament angreifen.

L. 14. h. t.

Papinianus Lib. 5. Quaest. Pater filium emancipavit, et nepotem ex eo retinuit: emancipatus suscepto postea filio, duobus exheredatis, patre praeterito, vita decessit: in quaestione de inofficioso testa-

208) Vg. ganz vorz. Cujac. Comment. in lib. V quaest. Papin. ad h. l. und den griechiſchen Scholiaſten zu den Baſil. Th. V. S. 236.

mento, *praecedente causa filiorum patris intentio adhuc pendet*: quod si contra filios judicetur, *pater ad querelam vocatur*, et suam intentionem implere potest [209]).

Ob dagegen das nämliche Verhältniß zwiſchen Eltern und Geſchwiſtern Statt finde, iſt ſehr beſtritten. Denn aus c. 17. C. h. t. läßt ſich nicht das mindeſte ſchließen für unſere Frage. Sie ſagt nur aus, daß die Mutter gegen das Teſtament ihres Sohnes klagen könne, ſelbſt wenn deſſen Schweſter zur Erbinn eingeſetzt wäre. Es iſt nämlich in Bezug auf Kinder und Eltern ganz gleichgültig, was für Perſonen eingeſetzt ſind, ob andere Kinder oder Fremde [10]). Doch ſcheint es mir, grade wegen dieſer durchgehenden Zurückſetzung der Geſchwiſter ſehr wahrſcheinlich, daß ſie nur nach den Eltern die Klage gehabt haben. So entſtänden 3 verſchiedene Claſſen: Eltern, Kinder, Geſchwiſter. Fällt die erſte weg, ſo tritt die zweite ein, und ebenſo wenn dieſe nicht klagt, die dritte. Doch iſt dieß keineswegs ſicher, und vielleicht ſchwankte auch hier die Lehre [11]).

---

209) Vg. L. 16. §. 1. L. 31. pr. h. t.

10) L. 13. §. 1. L. 16. pr. h. t.

11) In der Regel machte ſich, wenn Vater oder Mutter die Klage anſtellen wollten, die Sache von ſelbſt, indem dieſe den Geſchwiſtern in der Inteſtaterbfolge

Noch ſchwieriger iſt die Frage nach dem Verhältniſſe mehrer Perſonen derſelben Klaſſe. Sie wird indeß paſſender noch verſchoben, und weiter unten bei der Natur und Wirkung unſrer Klage abgehandelt werden.

Von dieſer Berechtigung zu klagen ſind nun aber einzelne Perſonen ausgenommen. So erhält namentlich kein Arenarius, d. h. keiner, der in den Thierhetzen als Kämpfer auftritt, die Klage: und eben ſo wenig, wenn man nach der Analogie ſchließen darf, andere Perſonen, die ein ſo ſchändliches Gewerbe treiben: es ſei denn, daß ihre Eltern, deren Teſtament ſie anfechten, ſich der nämlichen Schändlichkeit ſchuldig gemacht hatten.

Wichtiger iſt eine Ausnahme anderer Art. Gegen das Teſtament eines Soldaten nämlich wird die Klage nicht geſtattet, ſelbſt nicht einem Soldaten, ſo lange es als Soldatenteſtament Kraft hat, alſo auch innerhalb eines Jahres nach ſeiner Verabſchiedung [212].

---

vorgingen. Die Frage entſteht hauptſächlich, wenn fernere Aſcendenten zugleich mit dieſen concurriren, z. B. im Ordo: Unde cognati. Vg. auch Schrader a. a. O. §. 77. Ich werde bei der Novelle 115 darauf zurück kommen.

212) L. 8. §. 4. L. 27. §. 2. h. t. c. 9. C eod.

Digitized by Google

Daſſelbe gilt von dem letzten Willen des Sohns in der Gewalt über ſein *peculium castrense*: und es iſt ganz gleichgültig, ob dieſer ihn im Felde oder außer allem Kriegsdienſte errichtet hat. Anders iſt es in dieſer Hinſicht in Beziehung auf den ehemaligen Soldaten. Dieſer iſt den gewöhnlichen Regeln unterworfen, ſelbſt wenn er nur über Güter verfügte, welche er im Krieg erbeutet hatte [213]. Juſtinian ging noch weiter, und ertheilte dieß Privilegium auch den Teſtamenten der Söhne, welche die Erbfolge in das *peculium quasi castrense* beſtimmen [14].

§. 19.

Wir haben bereits geſehn, was für Perſonen die querela de inoffi. testamento angeboten wurde: wir können uns daher jetzt zu den Bedingungen wenden, unter denen ſie gegeben wird. Die Kinder werden, wie wir ſchon oben bemerkt, entweder von ihrem Vater eingeſetzt oder gehörig enterbt

---

213) L. 8. §. 3. h. t. (Ulp.) »Papinianus —— ait, contra veterani *patrisfamilias* testamentum esse inofficiosi querelam, *etsi ea sola bona habuit, quae in castris quaesierat.*« Schon die Gloſſe faßte den Gegenſatz, der nothwendig hinzu gedacht werden muß, richtig auf. c. 24 C. h. t.

14) c. 37. C. h. t.

Digitized by Google

oder übergangen. Im letztern Fall kommt ihnen das Civil- und prätoriſche Recht zu Hülfe. Das ſo geſchützte Kind bedarf alſo unſrer Klage gar nicht. Sie wird ihm aber auch als außerordentliches Rechtsmittel nicht einmal geſtattet, ſobald es auf irgend eine andere Weiſe das väterliche Vermögen erhalten kann.

§. 2. J. h. t. Tam naturales liberi quam adoptati, ita demum de inofficioso testamento agere possunt, si nullo alio jure ad defuncti bona venire possunt [215].

Man könnte ſich durch einige andere Stellen verleiten laſſen, an dieſer ſo beſtimmt ausgeſprochenen Regel zu zweifeln: allein dieſe beziehn ſich keineswegs auf Fälle, wo das alte Präteritionsrecht eintritt, ſondern auf ſonſtige Gebrechen des Teſtaments [16].

Werden dagegen übergangne Kinder weder vom Civil- noch prätoriſchen Recht geſchützt, wie z. B. alle die von der Mutter oder mütterlichen Vorfahren übergangenen, ſo ſteht ihnen allerdings unſer Rechtsmittel zu [17]. Ohne Unterſchied iſt es recht

215) L. 23. pr. h. t., L. 8. pr. de bon. poss. c. t. c. 4. C. de lib. praet.

16) L. 8. §. 12. h. t. c. 16. c. 14. C. eod. Vg. *Cujac.* Comment. ad L. 8. §. 12. h. t.

17) L. 3. L. 13. L. 27. §. 4. h. t. §. fin. J. de exher. lib. c. 15. c. 17. C. h. t.

eigentlich allen enterbten Kindern geſtattet, die wenn ſie auch ungerecht enterbt ſind, ohne dieß der våterlichen Erbſchaft ganz verluſtig ſein würden. Denn das Teſtament hat nach beiden Rechtsſyſtemen volle Kraft und Wirkung, und kann nur außerordentlicher Weiſe als unbillig von den Centumvirn umgeſtůzt werden.

Sind Eltern von ihren Kindern übergangen oder enterbt worden, ſo können ſie ja dieſer Unbill auf keine Weiſe widerſtreben, als grade durch die querela inofficiosi. Denn wenn auch der übergangene Vater gegen das Teſtament ſeines emancipirten Sohns eine contra tabulas bon. possessio vom Prätor erhält, ſo wird ihm dieſe Hülfe doch nicht als Vater ertheilt, ſondern vielmehr als Quaſipatron [218]. Ueberhaupt hat hier die Enterbung nach der alten Römiſchen Anſicht gar keinen Sinn, ſondern iſt immer Uebergehung, ſollte ſie auch die äußere Form jener geborgt haben [19].

Daſſelbe gilt natürlich auch von den Geſchwiſtern.

Die Erbeinſetzung ward bekanntlich bei den Römern zu allen Zeiten für eine Ehrenbezeugung angeſehn, die man einer andern Perſon erwies, indem

---

218) L. 14. h. t.

19) Vg. oben S. 17. ff. c. 17. C. h. t.

Digitized by Google

man ſie zu ſeinem Repräſentanten ernannte. Je enger natürlich Perſonen durch Bande des Bluts und der Freundſchaft verbunden waren, deſto mehr waren ſie gegenſeitig ſchuldig, ſich ſo zu beehren. Und die Uebergehung eines ſolchen im Teſtament galt allgemein für eine ſehr bedeutende Schmach, die man ihm anthun wollte. Wer daher ſein Kind oder ſeinen Vater auf ſolche Weiſe ungerecht beſchimpfte, deſſen Teſtament ſollte auch nicht aufrecht erhalten werden [220].

Außer dieſer ſtrafbaren Vernachläſſigung und Beſchimpfung, welche ſchon für ſich in der Meinung des Volks die Feſtigkeit des Teſtaments erſchütterte, kommt noch ein anderer Umſtand hinzu, der mehr in die Augen ſpringt, und gewiſſer Maßen den Ausſchlag gibt gegen das ſchon wankende Teſtament. Dieſer iſt die Unbilligkeit, ſo nahen Verwandten, den natürlichen Erben, keinen Theil des Vermögens zu hinter-

---

220) Cic. pro Quintio 4. »Heredem testamento reliquit hunc P. Quintium: ut, ad quem summus moeror morte sua veniebat, ad eundum *summus honos* quoque perveniret.« pro Cluent. 15. pro Caec. 4. Quinctil. Declam. 332. Val. Max. VII. 7. pr. L. 8. pr. L. 22. pr. h. t. c. 18. C. eod. L. 18. de lib. et post. (Ulp.) »Multi non *notae* causa exheredant filios »wo Accurſius mit Recht bemerkt;« id est infamiae.«

laſſen. Dieß führt uns auf die ſchwierige Lehre vom Pflichttheile.

§. 20.

Der Erblaſſer ſoll dieſen Perſonen, für welche wir der Kürze wegen den Sohn nennen wollen, wenigſtens einen gewiſſen Theil ſeines Vermögens hinterlaſſen. Er ſoll ſie nicht ganz ausſchließen dürfen, wenn dieß auch formel richtig geſchehn würde. Dieſe Anſicht war dem alten Präteritionsrecht völlig fremd.

Wann und wodurch dieſer Pflichttheil, dieſe *legitima portio* eingeführt wurde, darüber ſind die Meinungen der Gelehrten ſehr verſchieden. Cujas wollte ſie ſogar aus jener *lex Glicia* herleiten [221]. Andere ſuchen ihren Urſprung in einem Edict des Kaiſers Marcus, welche aber die Erwähnung des Pflichttheils bei Plinius hinlänglich widerlegt [22]. Schon mehr Anhänger dürfte die Meinung finden, ſie ſtamme aus der *lex Falcidia* her, welche auch Hugo wenigſtens nicht verwirft. Andere endlich behaupten, ſie ſei durch die Juriſten

221) Observ. XIV. 14. vg. mit III. 8. Siehe oben S. 140. Not. 186.

22) Plin. Epist. V. 1. Vg. *Cujac.* ad Pauli R. S. III. 8. §. 3. *Pancirol.* in Jurispr. Rom. et Att. tom. II, p. 983.

eingeführt, und durch ihr Anſehn gehalten worden, obwohl mit Rückſicht auf die lex Falcidia [223]). Mir ſcheint die letztere Anſicht den Vorzug zu verdienen. Denn daß das Falcidiſche Geſetz ſelbſt des Pflichttheils keine Erwähnung gethan hat, geht wohl ſchon daraus klar hervor, daß in dem ſehr großen Digeſtentitel ad legem Falcidiam derſelbe gar nicht vorkommt. Noch deutlicher zeigt ſich dieß, aus L. 8. §. 9 h. t. und Paul. R. S. IV. 5. 5. In beiden Stellen wird nämlich der Pflichttheil gerade mit der *quarta Falcidia* verglichen, ohne weitere Bezeichnung eines Unterſchiedes derſelben, welcher ſich alſo von ſelbſt verſtand. Auch habe ich keinen Grund, welcher dieſer Annahme, die dem Urſprung dieſer ganzen Lehre gemäß iſt, widerſtreitet. Und nichts war natürlicher, als daß die Juriſten bei Beſtimmung dieſes Pflichttheils, deſſen Daſein ſelbſt durch das Bedürfniß und die Stimme der Zeit hinlänglich verbürgt war, die allgemein bekannte und mit einer ausführlichen Theorie verſehne quarta Falcidia zum Muſter nahmen, und denſelben ihr nachbildeten. So ward er dieſer immer ähnlicher, und konnte ſehr leicht mit ihr verwechſelt werden. Der wahre Urſprung des Pflicht-

---

223) *Schulting* ad Pauli loc. cit. Hugo Rechtsgeſchichte. S. 250. *Heinecc.* A. R. p. 458.

theils gerieth, da er ſich an keinen feſten Punkt halten konnte, immer mehr in Vergeſſenheit, und er wird nun nicht ſelten *quarta legis Falcidiae*, oder *Falcidiae quantitas* oder gar *quarta Falcidia* [224]) genannt. Daraus erklärt ſich auch, wie nirgends ein Geſetz angeführt wird, dem er ſeinen Urſprung verdanke, und er doch öfters *legitima portio* heißt. Ebenſo wird er auch von den alten Juriſten oft *debita portio* genannt, niemals aber quarta Falcidia, welche Benennung in der ſpäteſten Zeit gäng und gäbe iſt.

---

224) L. 8. §. 11. h. t. gehört nicht hieher, da unter Falcidia die wirkliche ächte Falcidia zu verſtehn iſt. Dagegen vg. c. 31. C. h. t. c. 5. §. 3. C. ad leg. Jul. majest. c. 28. C. Th. de Judaeis coel. Lex Rom. Burg. tit. 31. Nov. Major. VI. L. 1. §. 3. (Jus Civ. A. J. p. 1379) Nov. 92 praef. Interpret. ad Pauli R. S. IV. 5. 6. (Schulting p. 398). Interp. ad Cod. Greg. II. 5. 2. (Schulting p. 691). Andere Stellen aus dem Mittelalter finden ſich z. B. in von Savignys Geſchichte des R. R. Th. II. S. 112. No. 86 u. 88. — S. 118. No. 106. — S. 125. No. 128. — S. 144. No. 166. — S. 220. No. 62. — Harmenopul gibt von der Falcidia, die er, mit den Baſiliken, ὁ φαλκίδιος nennt, eine allerliebſte Herleitung. Sie komme von falx, Sichel; und ſichle gleichſam ein Stück von der Erbſchaft weg. V. 9. §. 1. bei Reiz S. 305. Ebenſo *Azo* Comment. ad Cod. zum Tit. Cod. ad legem Falc.

Ich habe bisher gegen die gewöhnliche Meinung voraus geſetzt, daß die Entſtehung des Pflichttheils und die der querela keineswegs zuſammenfallen. Denn aus der Geſchichte beider geht hervor, daß der Pflichttheil erſt ſpäter hinzu gekommen ſei als weſentliche Bedingung jener Klage. Das machen ſchon alle die zahlreichen ältern Beiſpiele ſehr wahrſcheinlich, die von pflichtwidrigen Teſtamenten angeführt wurden, von denen aber keines des Pflichttheils irgend erwähnt; ferner die Beziehung derſelben auf die lex Falcidia, welche (v. J. 714) ſelbſt ſchon jünger iſt, als die älteſten Beiſpiele. Endlich ſpricht dafür der Gang der Lehre überhaupt, die erſt allmählig nähere Beſtimmungen erhielt, und anfangs ganz frei blos auf der relativen Anſicht des Gerichtes beruhte. Freilich wird eben dieſes ſelten oder nie dem enterbten Sohne zu Liebe das Teſtament umgeworfen haben, wenn dieſem darin ſehr beträchtliche Legate vermacht waren; ein Fall, der ohnehin äußerſt ſelten geweſen ſein wird. Aber es war doch hierin nicht an feſte Bedingungen gebunden, die es beachten mußte.

Doch genug von Urſprung und Namen des Pflichttheils; jetzt von der Größe deſſelben. Er betrug, ehe Juſtinian dieß veränderte, den vierten Theil des Kopftheils, welchen der Berechtigte *ab intestato* erhalten haben würde.

Digitized by Google

Hatte z. B. jemand drei Söhne hinterlaſſen, ſo beträgt der Pflichttheil eines jeden eine Unze [224 a]). Man konnte dieß allerdings im alten Recht auch ſo ausdrücken. Der vierte Theil des Nachlaſſes muß unter alle Pflichttheilsberechtigte vertheilt, und ſo der Anſpruch jedes Einzelnen beſtimmt werden [25]). Eine ſolche Berechnung war allerdings ſchon vor dem SCtum Orphitianum in Rückſicht auf die Erbſchaft der Mutter möglich; und zwar nicht blos in dem Fall, wo ſie in ſtrenger Ehe gelebt hatte, ſondern auch bei der freien Ehe. Die Kinder wurden ja vom Prätor als nächſte Blutsverwandte gerufen, und erhielten ſeine Inteſtaterbfolge im Ordo: Unde cognati [26]). Ebenſo verhält es ſich mit der Mutter in

224a). L. 8. §. 6. h. t. (Ulp.) »Si quis mortis causa filio donaverit *quartam partem ejus, quod ad eum esset perventurum, si intestatus paterfamilias decessisset,* puto secure eum testari« § 8. eod. c. 8. pr. C. h. t. c 31. C. eod. (Justin) »*legitimae portioni*, id est *quartae parti sc. ab intestato successionis.*« c. 2. C. de inoff. donat. c. 20. pr. C. de collat. c. ult. C. de bon. libert. Vat. fr. §. 280.

25) Vg. Valett. a. a. O. S. 77. 78. Der zweite Grund eines Unterſchiedes, den er in Not. e. anführt, ſcheint mir nicht richtig zu ſein, der erſte bezieht ſich nur auf das neuſte Recht.

26) Vg. beſond. Schulting zu Ulp. XXVI. 7. pag. 668. und zu Val. Max. VII. 7. 4. — L. 6. pr. h. t.

Bezug auf den Nachlaß ihrer Kinder vor dem SCtum Tertullianum.

Alle Perſonen, welche zur gleichen Zeit in der Inteſtatſucceſſion berufen ſind, werden mitgerechnet, ſelbſt wenn ſie enterbt ſind, und keinen Verſuch zur Klage machen.

L. 8. §. 8. h. t.

Ulpianus lib. 14. ad Edictum. Quoniam autem quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querelam, videndum erit, an exheredatus partem faciat, qui non queritur: ut puta sumus duo filii exheredati? et utique faciet, ut Papinianus respondit, et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere. Proinde si sint ex duobus filiis nepotes, ex uno plures, tres puta, ex uno unus; unicum sescuncia, unum ex illis semuncia querela excludit [226 a]).

Der Enterbte erhält bei der Berechnung ſo gut ſeinen Antheil, als der Eingeſetzte. Sind z. B. wie hier vier Enkel vorhanden, und drei von einem, einer von einem andern vorverſtorbnen Sohn, und ſind alle dieſe Enkel enterbt, ſo wird für den letzten

226a) Vg. Plin. Ep. V. 1. Daher das Sprichwort: »Exheredatus partem facit ad minuendam, numerum facit ad augendam querelam.«

1 ½ Unzen, für jeden der erſten ½ Unze als Pflichttheil gerechnet. Er iſt ja gerade mit Rückſicht auf Ausſchließung von der Erbſchaft eingeführt, wie ſollten daher die Enterbten nicht mitgerechnet werden? Auf das bloße Anſtellen der Klage kann es aber auch nicht ankommen. Geſetzt z. B. jene drei Enkel wollten nicht klagen, wohl aber der vierte. Sollte dieſer nun auf 3 Unzen als Pflichttheil Anſpruch machen, und grade deswegen das Teſtament des Vaters um ſo eher umſtürzen können, weil ſeine Vettern es nicht anfechten? Uebrigens verſteht es ſich, daß wer enterbt wurde, und nicht klagt, ſeinen Pflichttheil auch nicht bekommt, ſondern blos auf die Berechnung Einfluß hat.

Die Beſtimmung des Pflichttheils richtet ſich nach der Größe des Vermögens, wie es zur Zeit des Todes des Erblaſſers war [227]. Die Schulden und Leichenkoſten werden zuerſt abgezogen von der Erbſchaftsmaſſe, und vermindern daher den Pflichttheil. Auch die im Teſtament ertheilten Freiheiten werden abgerechnet, da ſie durch den Pflichttheil nicht gehindert werden [28]. Wenn es aber in der Digeſtenſtelle heißt:

---

227) c. 6. C. h. t. L. 8. §. 11. h. t.
28) L. 8. §. 9. h. t. Paul. IV. 5. 6.

Cum igitur placet, quartam minui per libertates, eveniet, ut qui servos tantum habet in patrimonio suo, dando eis libertatem, inofficiosi querelam excludat, nisi etc., ſo glaube ich nicht, daß Ulpian ſo geſchrieben habe. Er hatte ohne Zweifel der lex Furia Caninia, welche die Freilaſſung der Sclaven ſehr beſchränkte, hier erwähnt, und die Compilatoren veränderten den letzten Theil ſeiner Worte [229].

Der Pflichttheil konnte auf verſchiedne Weiſe hinterlaſſen, und ſo den Notherben, wie wir mit Beziehung auf ihn jene berechtigten Perſonen jetzt wohl nennen können, Genüge gethan werden. Das Einfachſte war freilich meiſtens die Erbeinſetzung auf eine Portion, welche den Pflichttheil erſchöpfte, oder ihn überſtieg. Wer daher zum alleinigen Geſammterben eingeſetzt wurde, der bekam den Pflichttheil auf jeden Fall, wenn auch noch ſo viel Legate oder Fideicommiſſe auf der Erbſchaft laſteten. Denn vor gänzlicher Aufzehrung ſchützte das Falcidiſche Geſetz oder das Senatusconſult des Pegaſus. Ein Viertheil blieb ihm immer noch unverſehrt [30].

---

229) Vg. Gaj. I. 42. 43. Cujas und Schulting zu L. 8. §. 9. cit. den letzten in ſeinen Not. ad D. II. p. 64. und im J. C. A. J. pag. 397.

30) Plin. V. 1. Paul. IV. 5. 5. L. 8. §. 9. h. t.

Digitized by Google

Ebenſo konnte der Pflichttheil aber auch in Legaten und Fideicommiſſen hinterlaſſen werden: denn es kam hier eigentlich nur darauf an, daß ein beſtimmter Theil des Nachlaſſes an die Notherben kam, gleichviel wie [231]. Dabei iſt denn zu bemerken, daß, ſo weit der Pflichttheil reicht, die quarta Falcidia nicht abgezogen werden darf [32].

Ferner wird eine Schenkung Todes halber, ja ſogar eine Schenkung unter Lebenden angerechnet, die letztere indeſſen nur, wenn ſie mit der beſtimmten Abſicht geſchah, die Anſprüche der Notherben zu befriedigen [33]. Ebenſo gehört hieher die ſogenannte *quarta Divi Pii*, welche gewiſſen Abrogirten zukommt [34], und nicht minder vormals die *quarta*, welche durch ein Sabinianiſches Senatusconſult, von dem wir freilich nicht mehr viel wiſſen, dem aus drei Brüdern in Adoption Gegebnen vom Adoptivvater zukam [35]. Die Dos, welche der Vater für ſeine Tochter bezahlt, wurde früher nicht

---

231) §. 6. J. h. t. c. 33. pr. c. 36. C. h. t.

32) L. 87. §. 4. de leg. II. c. 36. pr. C. h. t.

33) §. 6. J. cit. L. 8. §. 6. L. 25. pr. h. t. c. 35. §. 2. C. eod.

34) L. 8. §. 15. h. t.

35) §. 14. J. de hered. quae ab int. c. 10. §. 3. C. de adopt.

angerechnet, weil ſie vor ſeinem Tode aus ſeinem Vermögen ausgeſchieden worden war. Ein Geſetz des Zeno veränderte aber dieß, und gebot, nicht blos die Dos, ſondern auf gleiche Weiſe auch die *ante nuptias donatio* beim Pflichttheil in Anſchlag zu bringen, und mitzurechnen [236]).

Endlich zog Juſtinian ſogar die Koſten hieher, welche auf gewiſſe käufliche Stellen, *militia*, für den Notherben verwendet wurden. Dieß iſt indeß natürlich ſo ſehr mit dem damaligen Hof- und Dienſtſyſtem verbunden, daß an Analogien in unſern Verhältniſſen nicht gedacht werden darf [37]).

Eine ganz neue Beſtimmung der Größe des Pflichttheils machte nun Juſtinian, aber erſt nach der Herausgabe ſeiner Rechtsbücher. Der Kaiſer verordnete nämlich: wenn nicht mehr als vier Kinder vorhanden wären, ſei der Erblaſſer gehalten, ihnen einen Drittheil der Erbſchaft zu hinterlaſſen, und es genüge nicht mehr, wenn ſie blos den vierten Theil erhalten. Wer mehr als vier Kinder habe, ſoll ihnen die Hälfte ſeines Vermögens vermachen. Dieß ſoll dann nach Recht und Billigkeit mit beſonderer Rückſicht auf Quantität und Qualität

---

236) Cod. Greg. II. 5, 1. 2. L. 11. h. t. c. 29. C. eod.
37) c. 30. §. 2. C. h. t. c. 20. C. de collat.

Digitized by Google

der zugewandten Sachen unter ſie vertheilt werden [238]). Dadurch änderte er indeß die Natur des Pflichttheils als eines Theils der Inteſtatportion keinesweges [39]).

Bezieht ſich dieß Geſetz auch auf die übrigen Notherben, die Eltern und Geſchwiſter? Die herrſchende Meinung [40]) bejahet dieſe Frage, und nicht mit Unrecht. Denn wenn gleich die Endworte des erſten Capitels: hoc observando *in omnibus personis*, quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est, im Zuſammenhang des Ganzen geleſen, unvermuthet überraſchen, und die Sache gar kurz durch ſie abgethan wird, ſo laſſen ſie ſich doch nicht anders erklären [41]). Ueberdieß wird dieſe Ausdehnung auf ſämmtliche Notherben auch beſtätigt durch die Scholiaſten der Baſiliken, woraus wir

238) Nov. 18. pr. c. 1. 2.

39) Vg. Nov. 39. c. 1. Nov. 66. §. 5. Nov. 89. c. 12. §. 3.

40) Schon der Gloſſe zu dieſer Stelle, die indeß noch ſchwankt.

41) Ich glaubte früher die Stelle ſo erklären zu können: dieß gelte nur bei allen den Perſonen, welchen ſchon das alte Recht einen Pflichttheil zuerkannte, d. h. bei allen ächten Kindern, nicht aber bei den Concubinenkindern, von welchen ein großer Theil unſrer Novelle handelt. Dieſe Auslegung iſt aber offenbar gezwungen, und mehr als unwahrſcheinlich.

Digitized by Google

ſehn, daß ſie in Juſtinians Reiche praktiſch anerkannt war [242]).

§. 21.

Wir kommen jetzt zu der eigentlichen Natur und Beſchaffenheit der querela de inofficioso testamento ſelbſt: und hier begegnet uns ſogleich jene berühmte Controverſe der neuern Juriſten, von welchen die einen ſie als eine beſondere Art der hereditatis petitio, mithin als *actio in rem* betrachten, während andere ſie für eine *actio in personam* halten, andere endlich behaupten, ſie gehöre überall nicht zu den Actionen. Ich geſtehe, daß ich mich in nicht geringer Verlegenheit befinde, wenn ich mich für eine dieſer verſchiedenen Meinungen entſcheiden ſoll [43]). Früher war ich der Meinung, ſie für eine perſönliche

242) Vg. Schol. in Fabrots Basil. T. V. p. 483 und 349. Ueber die Zahlenverhältniſſe bei Beſtimmung des Pflichttheils ſiehe d. Auff. von Schrader in den Abh. aus dem Civilr. Bd. I. S. 169 ff.

43) Trefflich ſind ſie dargeſtellt worden in folgender Diſſert. *Cl. A. Klenze* Querelae inoff. testamenti natura ex principiis juris Romani Antejust. eruta. Berol. 1820. 4. *Koch.* Bon. Poss. §. 152. äuſſert ſich über dieſe Streitfrage etwas erbaulich ſo: »Dieſe längſt abgethane Frage, ob die Querela inoff. test. eine species hereditatis petitionis ſei oder nicht? kann man an ſei-

Klage anzuſehn [244]), und in gewiſſem Sinne bin ich es auch gegenwärtig noch. Doch ſcheint mir die ganze Frage nach Gajus Entdeckung jetzt eine andere Beantwortung zu erfordern.

Durch ihn erfahren wir, daß vor den Centumvirn durch *legis actiones*, nicht durch *formulae* die Klagen verhandelt wurden. Dieſes gilt ohne Zweifel auch von der querela inofficiosi, und es iſt fürs erſte bei ihr an keine Formel zu denken, zumal dieß noch ausdrücklich beſtätigt wird durch Valerius Maximus VII. 7. 2.

Sacramento cum adolescentulo *contendere* ausi non sunt.

VII. 8. 2. Afrania cum sorore *sacramento contendere* noluit [45]).

---

nen (!) Ort geſtellt ſein laſſen, und Vinnius hat die bejahende Meinung auf das überzeugendſte bewieſen, aller andern ſoliden Juriſten z. B. Voets, Hubers ꝛc. nicht zu gedenken.«

244) Hauptſtellen ſind: L. 20. pr. de bon. poss. c. t. L. 6. §. 1. 2. L. 7. L. 14. L. 20. h. t. c. 34. C eod. und beſonders Paul. R. S. IV. 5. 4. Vg. Cujas und Schulting zu dieſer Stelle. Bethmann-Hollweg über die Competenz des Centumviralgerichts in der Zeitſchrift für geſchichtl. Rechtswiſſ. Bd. V. vorz. S. 369. 383. Dieſe vortreffliche Abhandlung hat mich auf meine Vermuthung erſt geleitet.

45) Vg. VII. 7. 5.

So war hier die *legis actio sacramento* gewiß ſehr lange Zeit noch in Gebrauch, nachdem die legis actiones im Allgemeinen ſchon längſt abgeſchafft waren, vielleicht ſo lange das Centumviralgericht überhaupt beſtand. Daraus erklärt ſich vielleicht auch die Ungewißheit, in der wir immer noch ſchweben über die Natur unſrer Klage, indem keine Erwähnung dieſer alten Klageform in die Compilation Juſtinians übergehn konnte.

Schon früh aber finden wir in einzelnen Fällen ſtatt der Centumvirn einen *judex* über ein pflichtwidriges Teſtament urtheilen. Dieſer bedurfte ohne Zweifel einer *formula*, welche ihm vom Prätor gegeben ward [246]. Ferner wird an einem andern Ort eine *intentio* erwähnt, die wieder ganz beſtimmt auf eine Formula hinweiſt [47]. Während das Centumviralgericht allmählich von neuem ſank, und endlich ganz aufhörte, und indem die Legis Actiones immer

---

246) L. 8. §. 16. h. t. (Ulp.) »Si *ex causa* de inofficioso cognoverit *judex*, et pronunciaverit contra testamentum, *nec fuerit provocatum* etc. Vg. Keller Lit. Cont. S. 386. Die Stelle trägt keine Spur einer Interpolation an ſich.

47) L. 14. h. t. Zu beachten iſt, daß die *Litis Contestatio* erſt ſehr ſpät einmal genannt wird. c. 5. C. h. t., während eine praeparatio litis, lis nata u. dgl. häufig vorkommt.

mehr erloſchen, verdrängte ſicher die Formel das Sacramentum auch hier völlig, und blieb allein übrig.

Es ſcheint indeß, als ob die Schwierigkeit blos vermehrt worden, und wir keinen Schritt weiter gekommen wären. Doch geht mit ziemlicher Wahrſcheinlichkeit aus dieſem hervor, daß der Formula eine Sponſio zu Grunde gelegen habe zwiſchen Erben und Notherben: was ſich auch am leichteſten denken läßt, da man in der That nicht weiß, worauf die Formel ſonſt gerichtet werden ſollte[248]. Als endlich auch der Formelproceß aufhörte, da war es ganz natürlich, daß die Querela inofficioſi eine ganz gewöhnliche Klage auf Umſturz des Teſtaments wurde, ein praejudicium, worauf dann die hereditatis petitio ab intestato als unmittelbare Folge angeſtellt werden konnte. Doch wird natürlich in den meiſten Fällen das erſtere ſchon genügt, und der Sieger der letzten Klage nicht mehr bedurft haben, ſo daß ſie von dieſer praktiſchen Seite angeſehn äußerlich mit der hereditatis petitio ziemlich zuſammenfiel, bis ſie endlich ihre außerordentliche Natur ganz ablegte, und zu dieſer wurde, wie wir ſpäter ſehn werden.

Die Perſonen, welche hier als **Kläger** auftreten

---

248) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 384. Not. 48. S. 391.

können, haben wir ſchon früher kennen gelernt. Auch haben wir bereits geſehn, daß ſie entweder enterbt oder übergangen ſein müſſen, und ihnen keine anderen Rechtsmittel zuſtehn dürfen. Noch bleibt uns übrig, die Beziehung des Pflichttheils auf die Querel näher ins Auge zu faſſen.

Wer nicht den vollen Pflichttheil erhielt, der konnte die Klage immer anſtellen, wenn er auch zum Theil bedacht war, ja ſogar wenn er eingeſetzt war auf einen kleinen Theil. Doch ſtand ihm, ſobald der Erblaſſer ihm wenigſtens etwas vermacht hatte, auch eine Klage zu auf Ergänzung des Pflichttheils, deren Anſtellung natürlich die Querel dann unmöglich machte.

Paul. R. S. IV. 5. 7. Filius in judicio patris si minus quarta portione consecutus sit, ut *quarta* sibi a *coheredibus* fratribus *citra inofficiosi querelam impleatur*, jure desiderat [249]).

Um dieſer Gefahr, daß das Teſtament umgeworfen werde, zu entgehen, ſcheint es unter den Erblaſſern nach und nach Sitte geworden zu ſein, daß ſie durch eine beſondere Cautio in ihrem letzten Willen den Erben auftrugen, wenn vielleicht die Notherben zu we-

249) Vg. Schulting ad. h. l. S. 398. L. 2. Cod. Greg. h. t. L. 25. pr. h. t. c. 3. c. 30 pr. c. 32 C. h. t.

Digitized by Google

nig bedacht ſein ſollten, den Pflichttheil nach der beſten Einſicht eines rechtſchaffnen Mannes voll zu machen. An ſeinen Ausſpruch ſollten ſie ſich dann halten, und ſo das Teſtament ſicher geſtellt bleiben[250].

Daher verordnete Juſtinian ſchon vor der Herausgabe der Digeſten, dieſe Caution ſolle immer als wahrer Wille des Erblaſſers vorausgeſetzt werden, wenn er ſie auch nicht ausdrücklich im Teſtament erwähnt habe. Sobald daher nur irgend ein Theil des Nachlaſſes dem Notherben irgendwie hinterlaſſen iſt, ſoll die Querel ihm nicht mehr zuſtehn, ſondern er ſoll blos die Ergänzung des Pflichttheils fordern können[51]. Dem Erben, welchem dieſelbe obliegt, iſt es nicht geſtattet, die Notherben der Undankbarkeit zu beſchuldigen gegen den Erblaſſer, und ihnen auf dieſe Weiſe den Pflichttheil ſtreitig zu machen, ausgenommen in dem Fall, wo

250) c. 4. C. Th. (Constantinus). »Cum scribit moriens, *ut arbitratu boni viri*, si *quid minus filiis sit relictum*, quam modus *quartae*, quae per successionem bonis tantum liberis debetur, efflagitat, *id ipsum ab herede eisdem in pecunia compleatur*, manifestum est, *nullam* iam *prorsus nec super testamento*, nec super donationibus *querelam remanere*, praesertim cum universà eadem repellat et reprimat, quae ad pecuniam rediit, taxatio justa.«

51) §. 3. J. h. t. c. 3o. pr. §. 1. C h. t.

das Teſtament ſelbſt ſie ausdrücklich als undankbare darſtellt, welche des vollen Pflichttheils nicht werth ſeien. Denn die ganze Regel wurde nur im Sinne des Erblaſſers, um ſeinen letzten Willen aufrecht zu erhalten, gegeben. Zeigt dieſer aber mit Beſtimmtheit eine andere Geſinnung, ſo fällt natürlich auch dieſe Ergänzung ſeines Willens weg, und die Querel wird mit Recht angeſtellt. Im übrigen ſoll der Erbe durchaus nicht zögern, ſondern ſobald als möglich den Notherben mit Auszahlung des ganzen Pflichttheils befriedigen. Selbſt wenn der Erblaſſer in ſeinem Teſtamente durch hinzugefügte Bedingungen den Aufſchub der Auszahlung veranlaßte, oder ſonſt den Pflichttheil beſchwerte, ſo ſollen dieſe Verfügungen, ſo weit ſie dieſem hinderlich ſind, nicht gelten, und für nicht beigeſchrieben gehalten werden [252]).

Dieſe Ergänzung des Pflichttheils geſchieht *ipso jure* [53]). Der Notherbe kann ſie daher durch eine *condictio ex lege*, welche hier von den Neuern *actio expletoria*, *suppletoria* genannt wird, fordern, ebenſo gut aber auch durch jede andere Klage, wo-

252) c. 30 pr. c. 32. C. h. t. c. 36. §. 1. eod.

53) c. 36 pr. C. h. t. »attamen *ipso jure inesse* eandem repletionem.« Vg. die Gloſſe: Exigere zu c. 30 pr. C. h. t.

mit das einzelne vermachte Stück des Nachlaſſes begehrt wird, ſo z. B. wenn er zugleich zum Erben eingeſetzt iſt, durch die actio familiae herciscundae [254]).

Die Querela inofficioſi findet dem zufolge nur noch für ſolche enterbte oder übergangne Notherben Statt, denen gar nichts hinterlaſſen wurde, die alſo im ſtrengſten Sinne vom Nachlaß ausgeſchloſſen wurden [55]).

Es läßt ſich nun aber denken, daß der übelwollende Erblaſſer, da er ſeinen Notherben den Pflichttheil ſo nicht entziehen kann, das Vermögen noch bei ſeinen Lebzeiten ſo zu ſchmälern trachtet, daß nach ſeinem Tode der Pflichttheil nur äußerſt unbedeutend ausfällt, und er am Ende doch ſeinen Zweck erreicht, dem Notherben den ihm zukommenden Vermögenstheil zu entziehen. Allein auch hiefür traf man Sorge. Wenn nämlich jemand in dieſer Abſicht ſein Vermögen verſchleudert, indem er unmäßige Schenkungen macht, oder übergroße Dotes beſtellt, ſo werden dieſelben, in ſo weit ſie den Pflichttheil unredlicher Weiſe vermindern, aufgehoben. Zu dieſem Zweck ſind nach Analogie der Querela inofficioſi

254) Das Letztere wird gewöhnlich überſehn. c. 2. C de inoff. donat. Vg. indeß *Claud. Chifletius* de Portionib. legit. in Ottonis Thes. V. pag. 762 sq.

55) c. 30. §. 1 C h. t.

beſondere Klagen eingeführt, die *querela de inofficiosis donationibus* und *dotibus* [256]).

Der Sohn nun, welcher als Kläger gegen des Vaters Teſtament auftritt, muß zeigen, daß er unverdienter Weiſe und daher ungerecht und pflichtwidrig vom Nachlaſſe ausgeſchloſſen ſei. Der Vater aber, weil er eben ſo ganz gegen die Natur gehandelt habe, ſei gleichſam nicht recht bei Verſtand geweſen, als er das Teſtament errichtete. Sonſt hätte er unmöglich ſo lieblos verfügen können. Das Teſtament müſſe daher als das eines gewiſſer Maßen Geiſtesſchwachen und Wahnſinnigen umgeſtoßen werden. Er behauptet indeß keineswegs, daß wahrer Wahnſinn vorhanden war, denn ſonſt wäre das Teſtament ipso iure nichtig, und es bedürfte keines Umſtürzens mehr. Man muß ſich vielmehr das immer klar vor Augen halten, daß ein ſolches pflichtwidriges Teſtament nach Civil- und prätoriſchem Recht vollkommen gültig, und in keiner Hinſicht mangelhaft war, ſondern

---

256) Cod. III. 29 de inoff. donat. 30 de inoff. dot. Ebenſo Cod. Th. II. 20. 21. Kurz und gut zuſammen geſtellt findet ſich dieſe Lehre bei Mühlenbruch Doct. Pand. §. 583., auf den ich verweiſe. Vg. auch Zimmern in ſeinen und Neuſtetels Römiſch-rechtlichen Unterſuchungen. Heidelb. 1821. Bd. I. S. 58—79.

erſt durch das Anſehn des Gerichtshofes der Centumvirn ſeiner Kraft beraubt und zerſtört wurde [257]).

L. 2. h. t.

Marcianus. Hoc *colore* de inofficioſo teſtamento agitur, quaſi *non ſanae mentis* fuerunt, ut teſtamentum ordinarent. Et hoc dicitur, non quaſi vere furioſus vel demens teſtatus ſit; ſed recte quidem fecit teſtamentum, ſed non ex officio pietatis: nam ſi *vere furioſus* eſſet, vel demens, *nullum eſt teſtamentum* [58]).

Ein ſtrenger Beweis von Seite des Sohnes war freilich unmöglich. Er konnte höchſtens darthun, daß er mit ſeinem Vater in einem äußerlich guten Verhältniſſe geſtanden, daß er nicht in offenbarer Feindſchaft mit ihm gelebt habe. Dieß ſchloß aber Un-

---

257) Daß dieſer ſogen. color insaniae nicht klügelnde Erfindung der Juriſten war, um ihre Theorie zu beſchönigen, ſondern von ihnen aus der allgemeinen Anſicht aufgegriffen wurde, zeigt der Dichter Juvenal Sat. X. 232 deutlich.

Sed omni
Membrorum damno major *dementia*, quae nec
Nomina servorum, nec vultum agnoscit amici,
Cum quo praeterita coenavit nocte, nec illos,
Quos genuit, quos eduxit. Nam *codice saevo*
Heredes vetat esse *suos*, bona tota feruntur
Ad Phialen.

und *Seneca* de Clem. I. 14. »Numquid aliquis *sanus* filium a prima offensa exheredat.«

58) pr. J. h. t. L. 5. eod. c. 16. C. famil. herciſc.

dankbarkeit des Sohns, und gerechten Unwillen des Vaters, welcher ihn enterbte, nicht aus. Eben weil die ganze Sache auf dem freien Urtheil des Gerichtshofes beruhte, und ſich mehr faktiſch ohne beſtimmte Regeln entwickelt hatte, mußte dieſer auch hierin freie Hand haben, und konnte gewiß auch vom geſchriebnen Erben, wenn es ihm angemeſſen ſchien, Beweis der Undankbarkeit des Sohnes verlangen. Natürlich ſtand es auch wiederum dieſem offen, von freien Stücken die gerechte Enterbung des Teſtaments zu beweiſen. Auf ſolche Weiſe läßt ſich ein gewiſſes Schwanken, welches ſich namentlich auch in einem Geſetze Conſtantins zeigt, zu deſſen Zeiten das Verfahren ſchon etwas geregelter war, leicht erklären[259]. Damit ſteht auch c. 30. pr. C. h. t. allerdings in gewiſſer Beziehung, wenigſtens indirect, obgleich hier Juſtinian eigentlich blos von dem Fall ſpricht, wo dem Sohne etwas im Teſtament hinterlaſſen wurde, nur nicht der volle Pflichttheil. Dann ſoll es dem Erben nicht erlaubt ſein, unter dem Vorwand der verdienten Beſtrafung des Sohns, wovon kein Wort im Teſtamente

259) L. 5. h. t.: »verbi de inofficioso vis illa est, *docere immerentem se*, et ideo indigne praeteritum.« c. 28. C. h. t. c. 2. C. Th. eod.

ſteht, ihm die Ergänzung des Pflichttheils zu verweigern.

Weil nun der Sohn zu zeigen hat, daß der Vater bei Errichtung des Teſtaments nicht recht bei geſundem Verſtande war, ſo erklärt ſich die Beſtimmung ſehr leicht, daß er von der Klage zurück gewieſen wird, ſobald er irgendwie den letzten Willen deſſelben anerkannt hat. Hat er z. B. ein ihm vermachtes Legat angenommen, ſo darf er nicht mehr klagen. Dieſer Fall kann freilich ſeit jener Juſtinianiſchen Verordnung nicht mehr vorkommen, da er ſchon deßwegen von der Klage ausgeſchloſſen iſt, weil ihm etwas hinterlaſſen wurde. Aber wenn er auch nur das Legat eines Fremden billigte, indem er dieſem gegen den Erben beiſtand, ſo kann er das Teſtament des Vaters als pflichtwidrig nicht mehr anfechten [260].

Stirbt der Notherbe vor Anſtellung der Klage, geht ſie dann auf ſeinen Erben über? Daß ſie ſich

260) L. 23. §. 1. h. t. (Paul.) »Si hereditatem *ab heredibus* institutis *exheredati emerunt*, vel res singulas, *scientes* eos heredes esse, aut *conduxerunt* praedia, aliudve quid simile fecerunt: vel *solverunt heredi*, quod testatori debebant: *judicium defuncti adgnoscere* videntur, et a querela excluduntur.« L. 32. L. 8. §. 10. L. 10. §. 1. L. 12. L. 31. §. 3. 4. h. t. L. 5. pr. quib. ut indign. c. 8. §. 1. C. h. t. c. 35. §. 2. 3. C. eod. c. 7 C. Th. h. t.

Digitized by Google

nicht wie die meiſten andern Klagen vererbe, erſieht man ſchon daraus, daß dieſelbe auf einen beſtimmten kleinen Kreis von Perſonen beſchränkt, und nicht jedem vergönnt iſt [261]). Sobald ſie aber angeſtellt und gleichſam entſtanden, ſobald alſo die Litis Conteſtatio eingetreten iſt, ſo geht auch ſie auf die Erben über [62]).

Man ging aber noch weiter, und ließ die Klage ſich vererben, ſelbſt wenn ſie blos vorbereitet war. Dieſe Vorbereitung kann auf verſchiedne Weiſe geſchehn. Namentlich erhält ſie bei dem emancipirten Sohn oder dem bloßen Cognaten eine eigenthümliche Geſtalt. Dieſe müſſen nämlich, bevor ſie das pflichtwidrige Teſtament anfechten, das Edict des Prätors angehn, und da um die bon. poss. ab intestato: *Unde liberi* oder: *Unde cognati* anſuchen, damit ſie, wenn ſie im Proceſſe ſiegen, und das Teſtament umſtürzen, ſogleich die Erbſchaft ab intestato haben können. Dieß iſt die ſogenannte *bonorum possessio litis ordinandae gratia*, welche völlig falſch von einigen Neu-

---

261) Siehe oben §. 17. L. 9. §. 2. de dolo malo. Wird die Anſtellung durch Liſt der Erben abſichtlich ſo lange verzögert, ſo können freilich die Erben des Sohns auf Schadensersatz gegen jene Klagen.

62) c. 5 C h. t. L. 8. §. 10. h. t.

ern für eine beſondere Art der prätoriſchen Erbfolge gehalten wurde [263]).

Der Sohn in der Gewalt bedarf ihrer nicht, weil er ſchon durch juriſtiſche Nothwendigkeit unmittelbar Erbe iſt, ſobald das Teſtament zerſtört iſt. Iſt er daher bis zur Denuntiation oder Einreichung der Klageſchrift vorgeſchritten; ja ſogar hat er nicht Anſtalten zur Klage gemacht, ſondern blos mit derſelben gedroht, und ſich geäußert, er werde ſie anſtellen, ſo wird dieß ſchon als Vorbereitung angeſehn, und die Klage geht über.

L. 7. h. t.

Paulus lib. sing. de centumviralibus [64]) judiciis. Quem ad modum *praeparasse* litem quis videatur, ut possit transmittere actionem, videamus? Et ponamus, in potestate fuisse eum, ut *neque bonorum possessio ei necessaria, et aditio hereditatis supervacua*

---

263) Die richtige Meinung hat indeß *Cujac.* Parat. ad Cod. III. 28. dargeſtellt. Vg. *Averanii* Interp. Jur. L. I. c. 8. tom. I. p. 57—80. Koch Bon. Poſſ. S. 192. Hugo Rechtsgeſch. S. 533. Klenze a. a. O. S. 12, 13. Sie iſt nun auch in die meiſten neuern Handbücher z. B. von Thibaut, Mühlenbruch, Mackeldey aufgenommen worden. Bis zu Hartitſch freilich iſt ſie nicht gedrungen. Vg. deſſen Erbrecht §. 8.

64) So lieſt Haloander und alte Ausgaben richtig. Die Flor. hat Septemviralibus.

ſit: is, ſi *comminatus* tantum accuſationem fuerit, vel usque ad *denuntiationem* vel *libelli dationem* proceſſerit, ad heredem ſuum accuſationem transmittet: idque *D. Pius* de libelli datione et denuntiatione reſcripſit. Quid ergo, ſi in poteſtate non fuerit? an ad heredem actionem transmittat? Et recte videtur litem praeparaſſe, ſi ea fecerit, quorum ſupra mentionem habuimus.

Wenn dieſe Stelle ächt und unentſtellt iſt, ſo iſt merkwürdig, daß ſchon zu Pius Zeit und beim Gerichtshof der Centumvirn von Denuntiation und Klageſchrift die Rede war. Jene iſt indeß wohl eine bloße Anzeige, daß man klagen wolle, und nicht mit den ſpätern Denuntiationen zu verwechſeln, die bei unſerer Klage grade erlaſſen wurden[265]. Worauf bezieht ſich aber das Wort ſupra? Es ſcheint, als habe Paulus einen Unterſchied zwiſchen dem Sohn in der Gewalt und dem Emancipirten machen wollen. Jener bedurfte der bonorum poſſeſſio nicht, wohl aber dieſer. Ohne dieſe bon. poſſeſſio erbeten zu ha-

265) c. 6. C. Th. de denunt. Vg. Savigny über das Interdict quorum bonorum in d. Zeitſchr. f. geſch. Rechtsw. Bd. VI. S. 244 ff. Cujas verſteht unter dem libellus eine Klageſchrift, die dem Gegner zur Einſicht übergeben wurde. Vg. L. 1. §. 1. de edendo, nicht eine ſolche, welche man dem Magiſtrat überreichte. Comment. ad h. l.

Digitized by Google

ben, hatte der Emancipirte die Klage nie vorbereiten können, ſo daß ſie auf ſeinen Erben überging; denn dieſer konnte jene nicht für ſeine Perſon erhalten, weil ſie eine bon. possessio intestati war, die dem Sohn als ſolchem bei Lebzeiten zugeſtanden hatte. In den übrigen Vorbereitungen ſtanden ſie ſich gleich. D. h. zu der erhaltenen bon. possessio kann nun auch die Denuntiation und Klageſchrift kommen; die Drohung lag ſchon in ihr ſelbſt, und auf dieſe Weiſe machte ſie immer den Uebergang der Klage auf den Erben möglich [266]). Daß aber jene nothwendig war, erklärt ſich leicht. Es mußte den Centumvirn daran liegen, ein Teſtament nicht aufs ungewiſſe hin umzuſtürzen, ſondern nur, wenn ſie ſicher ſein konnten, daß die Erbſchaft ab intestato angetreten würde. Es läßt ſich freilich denken, aber nur ſehr ſelten und ausnahmsweiſe, daß etwa ein Fremder, den man aber z B. allgemein für einen Sohn des Erblaſſers hält, das Teſtament deſſelben anficht, und wirklich den Proceß gewinnt. Die Centumvirn vernichten das Teſtament und die Inteſtaterbfolge tritt ein. Allein die wirklichen Inteſtaterben entreißen ihm die Erbſchaft wieder, an die er weiter gar kein Recht hat [67]).

266) L. 6. §. 2. L. 8. pr. L. 22. §. 2. h. t. c. 5 C eod.
67) So erklärt ſich L. 6. §. 1. h. t.

Wie aber, wenn die Erben des Notherben ebenfalls Notherben ſind, geht dann die Klage auch unvorbereitet auf ſie über? Oder findet überhaupt eine *Succeſſio graduum* Statt? Denn blos von dieſer müſſen wir hier reden, da die ſogenannte ſucceſſio ordinum ſchon oben erörtert wurde. Die letztere allgemeine Frage iſt ſicher zu verneinen, da Juſtinian ſie ausdrücklich läugnet. Ebenſo aber auch die erſte, da derſelbe Kaiſer eine einzeln ſtehende Ausnahme zuerſt neu eingeführt hat. Er verordnete nämlich, daß die Klage ipſo iure von dem Sohne, wenn er ſie ſeines eignen Todes wegen nicht anſtellen konnte, auf deſſen Nachkommen übergehen ſolle. Hat er ſie dagegen nicht anſtellen wollen, ſo ſoll auch der Enkel nicht klagen dürfen. Dieſe Beſtimmung zeigt deutlich, daß der Enkel die Klage nicht ſowohl aus ſeiner eignen Perſon hat, als aus der ſeines verſtorbnen Vaters, obgleich ſich von einer andern Seite betrachtet, auch wieder jenes behaupten läßt [268]).

Noch müſſen wir hier einiger Beſchränkungen er-

268) c. 34. c. 36 §. 2 C. h. t. Vg. Schrader a. a. O. S. 48—52. Es iſt unbegreiflich, wie hierüber ſo großer Streit ſein konnte unter den Neuern, wenn man jene Geſetze nur etwas aufmerkſam durchlieſt.

wähnen, welche die Klage leidet. Da ſie durchaus nur für gewiſſe Perſonen gegeben wird, die ſelbſt durch die Ausſchließung von der Erbſchaft ſehr gekränkt wurden, ſo darf nicht einmal der Vater im Namen ſeines Sohnes klagen, es ſei denn, daß dieſer ſeine Einwilligung gegeben hat [269].

Ferner hat die Querela inofficioſi, eben weil ſie ſo ganz auf dem Dafürhalten und Urtheile des Gerichtshofes beruhte, eine beſondere **Klagenverjährung**. Aehnlich wie über den Stand eines Verſtorbnen nur innerhalb 5 Jahren nach deſſen Tode ein Proceß erhoben werden darf, ſo iſt auch dieſe Klage an die Friſt von 5 Jahren gebunden [70]. Modeſtinus ließ ſie von der Zeit des Todes des Erblaſſers an laufen, Ulpian dagegen vom Augenblick der durch den geſchriebnen Erben angetretnen Erbſchaft. Die letztere Meinung beſtätigte Juſtinian. Zugleich ſuchte er aber die Antretung des Erben zu beſchleunigen,

---

269) L. 8. pr. h. t. (Ulp.). »Papinianus — recte scribit, inofficiosi querelam patrem filii sui nomine instituere non posse *invito eo: ipsius enim injuria est.*« Vg. L. 22. pr. §. 1. eod. L. 1. §. 8. si quid fraud. patr. c. 25. C. h. t. Ueber die Tutoren ſehe man L. 30. §. 1. h. t.

70) D. XL. tit. 15. ne de statu defuncti. L. 1. §. 7. de hered. pet.

Digitized by Google

indem er dem Abweſenden ein Jahr, dem Anweſenden 6 Monate als Friſt, innert welcher er ſich erklären müßte, beſtimmte [271]).

Beklagter wird in der Regel der geſchriebne Erbe ſein. Bevor er angetreten hat, oder richtiger bevor die Erbſchaft überhaupt angetreten iſt, iſt die Klage nicht möglich. Vorbereitet kann ſie wohl werden, wie wir oben geſehn haben, nicht aber wirklich entſtehn [71 a]). Außer dem zunächſt eingeſetzten Erben kann die Erbſchaft auch angetreten haben ein Subſtitut, oder Univerſalfideicommiſſar, oder jemand, der die *bonorum possessio contra tabulas* erhalten hat, oder endlich der Fiscus. Gegen ſie gilt die Klage natürlich ebenſo wie gegen jenen [72]).

Des Erben Antheil am Proceſſe iſt durchaus nothwendig. Läßt er ſich nicht darauf ein, vertheidigt er den letzten Willen des Erblaſſers nicht, oder

---

271) c. 5. C. Th. h. t. c. 3. C. Th. de apost. c. 36. §. 2. C. eod. Früher nahm man eine ältere Verjährung von 2 Jahren an geſtützt auf Plin. Ep. V. 1. So z. B. *Jac. Gothofr.* ad c. 5. C. Th cit. Allein jene Stelle bezieht ſich auf die erſt durch Gajus recht bekannt gewordne Usucapio pro herede.

71 a) L. 8. §. 10. h. t. c. 34. c. 36. §. 2. C. h. t. Vg. Sueton. de clar. Rhetorib. 5.

72) L. 8. §. 9. h. t. c. 1. c. 10. C. eod. L. 20. pr. de bon. poss. c. t.

läßt er ſich nicht gehörig vertreten, ſo bekommt das Urtheil keine volle Rechtskraft. Nur gegen ihn iſt es wirkſam. Die andern Erben und Legatare können dadurch nichts verlieren [273]). Es iſt ſogar dem Legatar geſtattet, wenn er den Erben für verdächtig hält, ſowohl das Teſtament gegen den Notherben zu vertheidigen, als gegen ein gefälltes Urtheil zu appelliren [74]).

Von den beſondern Erforderniſſen, welche eintreten mit Rückſicht auf die Erben, wenn Geſchwiſter klagen ſollen, iſt ſchon früher die Rede geweſen.

§. 22.

Was iſt nun der Erfolg unſrer Klage? Was geſchieht, wenn der Notherbe den Proceß gewonnen hat? Dieß läßt ſich kurz ſo angeben: Das bis auf dieſen Augenblick gültige Teſtament wird jetzt durch den Spruch des Richters auf einmal umgeworfen und zerſtört. Es iſt alſo kein Teſtament mehr da, und die Inteſtaterbfolge tritt ein.

L. 8. §. 16. h. t.

Ulpianus. Si ex causa de inofficioso cognove-

---

273) L. 17. §. 1. h. t. L. 14. §. 1. de appell. et relat.
74) L. 29. pr. h. t. L. 14. pr. de appellat. et relat.

rit judex, et pronunciaverit contra testamentum, nec fuerit provocatum, *ipso jure rescissum est:* et *suus heres* erit, secundum quem judicatum est: et *bonorum possessor*, si hoc contendit: et *libertates ipso jure non valent, nec legata debentur:* sed *soluta repetuntur*, aut ab eo qui solvit, aut ab eo qui obtinuit, et haec utili actione repetuntur. Fere autem si ante controversiam motam soluta sunt, qui obtinuit, repetit, et ita Divus Hadrianus et Divus Pius rescripserunt [275]).

Iſt der Notherbe, welcher das Teſtament umgeſtürzt hat, ein Sohn, der in der Gewalt des Erblaſſers gelebt hat, ſo iſt er jetzt unmittelbar nach Civilrecht Inteſtaterbe deſſelben, und zwar als suus heres. Iſt es dagegen ein Emancipirter, ſo ſuccedirt er nach prätoriſchem Inteſtaterbrecht im Ordo: *Unde liberi*, als bonorum possessor. Ebenſo kann freilich auch der erſtere auf dieſem Wege zur Erbſchaft kommen; er bedarf deſſen aber nicht. Ebenſo können Eltern und Geſchwiſter bald als legitimi, bald als

275) Ueber die verſchiednen Lesarten in dieſer Stelle ſiehe Brincmann im Spangenb. Corp. Jur. — Vg. L. 6. §. 1. L. 13. L. 19. L. 28. L. 21. §. 2. h. t. L. 45. §. 2. de neg. gest. L. 57. pr. de usufr. et quemadm. c. 22. C. h. t.

proximi cognati, antreten. Aber nicht blos die Erbeinſetzung wird vernichtet, ſondern auch alle übrigen Verfügungen des Erblaſſers werden ungültig, Freiheiten, Legate, Fideicommiſſe, Alles fällt zuſammen. Sind die Legate ſchon ausgezahlt worden, ſo werden ſie zurück gefordert durch eine condictio indebiti. Der Notherbe hält ſich an den eingeſetzten Erben, welcher ihm die ganze Erbſchaft unverringert durch Legate überliefern muß. Doch kann er auch ſelbſt von dem Legatar das Vermächtniß zurück verlangen, durch eine condictio indebiti utilis, weil er den geſchriebnen Erben doch zur Uebertragung ſeiner Klage zwingen könnte. Wurden die Legate aber vor Anſtellung der Querela inofficioſi bezahlt, ſo ſoll, wie Hadrian und Pius vorſchrieben, der Sieger dieſelben zurückfordern von den Legataren, nicht aber der Erbe. Dieß kann wohl keinen andern Sinn haben, als er ſoll ſich begnügen mit dem, was der Legatar noch davon übrig hat, und nicht den Erben zwingen können, das ganze Legat vielleicht aus ſeinem Vermögen zu erſetzen, das er ohne Argliſt, in gutem Glauben entrichtet hatte.

Die Freiheiten waren auch hier begünſtigt. War die Freilaſſung nach dem Teſtamente ſchon wirklich erfolgt, ſo konnte ſie nicht mehr leicht rückgängig gemacht werden. Der Freigelaßne blieb frei, wurde zugleich aber genöthigt, dem Notherben zur Entſchä

digung 20 Goldſtücke (aurei) den gewöhnlichen Preis der Sclaven, zu bezahlen, und alſo den Werth ſtatt der Sache (nämlich ſeiner ſelbſt) zu geben. Einige Juriſten machten einen Unterſchied, je nachdem die Klage vor 6 Jahren, oder aus beſondern Gründen nach dieſer Friſt angeſtellt wurde. Im letztern Fall ſollten die vom Erblaſſer angeordneten Freiheiten auf jeden Fall gültig ſein. Paulus will ſogar im erſten Fall dieſelben immer aufrecht erhalten, ſo daß der Sieger gehalten iſt, die Sclaven ſelbſt frei zu laſſen für jenen Preis [276].

Ganz allgemein, aber wie ich glaube, ſehr mit Unrecht wird von der obigen Regel, daß das ganze Teſtament ungültig werde, folgende Ausnahme angenommen. Wenn jemand den Notherben, im irrigen Glauben, er ſei geſtorben, ausſchließe, ſo bleiben die Vermächtniſſe ſämmtlich in Kraft. Man beruft ſich auf L. 28. h. t.

Paulus lib. sing. de centumviralibus judiciis. Cum *mater* militem filium falso audisset decessisse, et testamento heredes alios instituisset: Divus Ha-

---

276) L. 8. §. 17. L. 9. L. 26. h. t. L. 47. de manum. testam. c. 4. c. 13. C. h. t. Vg. auch c. ult. C. de bon. libert. bei Spangenb. S. 339.

drianus *decrevit*, hereditatem ad filium pertinere: ita ut libertates et legata praestentur. Hic *illud adnotatum*, quod de libertatibus et legatis adjicitur: nam *cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet.*

Der Sohn konnte in unſerm Beiſpiel ohne Zweifel die querela inoff. anſtellen [277]). That er dieſes, und ſiegte im Proceß, ſo war das ganze Teſtament, die Legate mit eingeſchloſſen, nichtig. Dieß ſagt unſere Stelle ſelbſt ausdrücklich, und es iſt unbegreiflich, wie es überſehn werden konnte.

Der Sohn ſchlug aber einen andern Weg ein. Er wandte ſich an den Kaiſer Hadrian, und bat dieſen um Hülfe. Der Kaiſer gewährte ſie, wie wir Aehnliches oben von Auguſtus geſehn haben, und verordnete für den einzelnen Fall, den Umſtänden gemäß: er ſolle an die Stelle der geſchriebnen Erben treten nach dem vermuthlich wahren Willen der Mutter; das Uebrige ſoll aber gültig ſein, da dieſelbe nur in jener Beziehung im Irrthum geweſen ſei. Aus dieſem ganz ſpeciellen Fall eine allgemeine Regel zu abſtrahiren, iſt gewiß ſchon an ſich verkehrt, wenn auch die Stelle nicht ſelbſt davor warnte [78]).

---

277) L. 27. §. 4. h. t. c. 3. C. eod.

78) Ein ganz ähnliches Beiſpiel findet ſich in L. 92. de

Wie geſtaltet ſich aber der Erfolg, wenn mehre Perſonen, die zu demſelben Grad gehören, die Klage haben? Wenn alle ſie anſtellen und ſiegen, ſo gibt ſich Alles höchſt einfach. Das Teſtament iſt nichtig, und die Notherben theilen ſich in die Erbſchaft, nach den Regeln der Inteſtaterbfolge. Unterlaſſen es aber einige von ihnen, zu klagen, oder unterliegen ſie im Proceſſe und werden zurückgewieſen; dann fällt ihr Theil dem der übrigen zu, die wirklich die Klage durchſetzen.

L. 23. §. 2. h. t.

Paulus. Si duo sint filii exheredati, et ambo de inofficioso testamento egerunt, et unus postea constituit non agere: *pars ejus alteri adcrescit.* Idemque erit, et si tempore exclusus sit.

L. 17. pr. h. t.

Paulus. Qui *repudiantis animo* non venit ad

---

hered. instit., was die Sache noch ſehr anſchaulich macht. Merkwürdiger Weiſe iſt unſre Stelle in das Rechtsbuch des Harmenopul übergegangen. V. 8. §. 50. bei Reiz p. 295, was ſich indeß leicht erklären läßt, da ihr Reſultat mit der Novelle 115 ſehr harmonirt. Selbſt *Cujas* Comment. ad h. l. erklärt unſre Stelle wie ich glaube, unrichtig. Vg. deſſ. Observ. X. 22. Unſre Erklärung wird ſchon von den Griechiſchen Scholiaſten bei Fabrot Baſ. Th. V. S. 257 aufgeſtellt.

Digitized by Google

accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his, qui eandem querelam movere volunt.

Sind z. B. zwei Brüder enterbt, ſo kann jeder nur auf die halbe Erbſchaft klagen. Dem Sieger fällt von ſelbſt die andere Hälfte zu, wenn der andere Bruder nicht gewinnt. Hat ſich aber einer zum voraus erklärt, er wolle nichts mit der Erbſchaft zu thun haben, und nicht klagen, ſo kann der andere natürlich gleich von vorne herein auf das Ganze Anſpruch machen [279].

Der Sieger erhält demzufolge allein die ganze Erbſchaft. Zwar wird allerdings die Inteſtaterbfolge eröffnet, und durch dieſe ſind eigentlich alle Perſonen zugleich zur Erbſchaft eingeladen, nicht blos die Sieger in der Klage, ſondern auch die, welche den Proceß verloren, oder überall nicht geklagt haben. Ja ſogar, wenn die Söhne in der Gewalt des Erblaſſers geſtanden haben, ſo werden ſie unmittelbar, ohne ihr Zuthun Erben ab intestato. In allen übrigen Fällen erfordert es freilich eine beſondere Antretung. Der Sieger weiſt aber dieſe Bewerber, welche das Teſtament nicht umgeworfen haben, zurück, indem er ſich auf das Urtheil der Centumvirn beruft, die nur

279) Vg. L. 8. §. 5. L. 16. pr. L. 27. §. 3. h. t.

für ihn das Teſtament vernichtet und die Inteſtaterbfolge eröffnet hätten. Davon ſpricht Paulus in der Fortſetzung der ſo eben angeführten

L. 17. pr. h. t.

Unde si de inofficioso testamento patris, alter ex liberis exheredatis ageret; quia, *rescisso testamento, alter quoque* ad successionem ab intestato vocatur, et ideo universam hereditatem non recte vindicasset; hic, si obtinuerit, uteretur *rei judicatae auctoritate*, quasi Centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, cum facerent intestatum, crediderint [280].

Sind **mehre Erben** eingeſetzt, ſo läßt ſich denken, daß der Sohn z. B. blos gegen den einen oder andern, nicht aber gegen alle die Klage durchſetzt. Beſonders leicht kann ſich dieß ereignen, wenn nur theilweiſe unanſtändige Perſonen eingeſetzt ſind, und ein Bruder z. B. das Teſtament als pflichtwidrig anſicht. Hier wichen die Römer von dem ſonſt durchgreifenden Princip ihres Erbrechts: *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, merkwürdiger Weiſe ab. Auch dieß zeigt wieder deutlich, wie groß das Anſehn des Cen-

280) Vg. L. 19. L. 16. pr. h. t.

tumviralgerichts, und wie Alles urſprünglich auf einzelne ſpecielle Fälle abgeſehn war. Denn ihr Urtheil ſchuf erſt das Recht. War jenes daher getheilt, ſo wurde auch das Recht nur theilweiſe neu. Der **Notherbe** tritt ein *ab intestato*, ſo weit er geſiegt hat, d. h. auf den Theil, welcher dem geſchriebnen Erben, der ihm unterlag, vermacht war. Der andere **eingeſetzte Erbe bleibt Erbe** und zwar Teſtamentserbe. Er hat daher alle ihm aufgetragnen Legate zu bezahlen, wie vorher, aber auch nicht mehr. Dagegen gehn alle die Laſten, welche dem beſiegten Erben aufgelegt waren, nicht über auf den Notherben, ſondern fallen ganz weg. Nur die Freiheiten werden in dieſem Falle ganz aufrecht erhalten.

L. 15. §. 2. h. t.

Papinianus. Filius, qui inofficiosi actione adversus duos heredes expertus, diversas sententias judicum tulit, et unum vicit, ab altero superatus est; *et debitores convenire, et ipse a creditoribus conveniri pro parte potest, et corpora vindicare, et hereditatem dividere:* verum enim est, familiae herciscundae judicium competere, quia credimus, eum legitimum heredem pro parte esse factum, et ideo *pars hereditatis in testamento remansit.* Nec absurdum videtur, *pro parte intestatum* videri.

C. 13. C. h. t.

Imp. Gordianus A. Prisciano. Cum duobus heredibus institutis, uno ex quinque, altero ex septem unciis, adversus eum, qui ex septem unciis heres scriptus fuerat, justa querela contendisse, ab altero autem victum te fuisse alleges: *pro ea parte, qua resolutum* est testamentum, cum *jure intestati*, qui obtinuit, *succedat*, neque legata, neque fideicommissa debentur: quamvis libertates et directae competant, et fideicommissariae praestari debeant [281].

Beſondere Schwierigkeit macht der Fall, wo zugleich ſolche Perſonen zu Erben eingeſetzt ſind, denen geſtattet iſt, das Teſtament als pflichtwidrig anzugreifen. Dieſer Fall traf gewiß nicht ſelten ein, ſo daß. z. B. ein Vater von mehren Söhnen einen enterbte, die übrigen aber zu ſeinen Erben einſetzte, mit oder ohne fremde Erben. Nun klagte der Enterbte und ſiegte. Was erfolgte nun? Trat allgemein Inteſtaterbfolge ein? Wurden bei dieſer außer dem Enterbten auch ſeine Brüder, welche nicht geklagt hatten, zugelaſſen? Oder wurden die eingeſetzten Söhne in ihren Erbtheilen, die ihnen das Teſtament zuwies, geſchützt? Daß die

281) Vg. L. 24. L. 25. §. 1. h. t. L. 76. pr. de leg. II. L. 12. §. 4. de bon. lib. Plin. Ep. VI. 33. Vg. beſ. Heffter im Rhein. Muſ. Bd. II. S. 112 folg.

fremden Erben wegfielen, verſteht ſich von ſelbſt. Davon handelt Paulus in folgender ſehr intereſſanten Stelle.

L. 19. h. t.

Paulus lib. 2. quaestionum. — Mater decedens, extraneum ex dodrante heredem instituit; filiam unam ex quadrante, alteram praeteriit. Haec de inofficioso egit et obtinuit. Quaero, scriptae filiae quomodo succurrendum sit? Respondi: filia praeterita id vindicare debet, quod intestata matre habitura esset. Itaque dici potest, eam, quae omissa est, etiam si totam hereditatem ab intestato [282]) petat et obtineat, solam habituram universam successionem, quem ad modum si altera omisisset legitimam hereditatem. Sed *non est admittendum, ut adversus sororem audiatur*, agendo de inofficioso. Praeterea dicendum est, *non esse similem omittenti* eam, *quae ex testamento adiit;* et ideo *ab extraneo semissem vindicandum*, et defendendum, totum semissem esse auferendum, quasi *semis totus* ad hanc pertineat. Secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed *pro parte intestata efficitur*: licet quasi furiosae judicium ultimum ejus damnetur. Ceterum si quis

282) Haloander ſetzt die Worte ab int. nach solam.

putaverit, filia obtinente, *totum testamentum infirmari*, dicendum est, etiam *institutam ab intestato posse adire hereditatem:* nec enim, quae ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit sibi deferri: cum et hi, qui sciant, jus suum, eligentes id quod putant sibi competere, non amittant. — — Ex quibus apparet, non recte totam hereditatem praeteritam vindicare, cum rescisso testamento etiam *institutae salvum jus sit adeundae hereditatis.*

Aus der Art, wie Paulus den vorliegenden Fall behandelt, geht klar hervor, daß die Juriſten keine allgemein gültigen Regeln in dieſer Hinſicht aufſtellten, ſondern nach dem jedesmaligen Bedürfniß ihrem geſunden praktiſchen Sinne folgend, die Entſcheidung richteten. War ja doch die ganze Lehre vom pflichtwidrigen Teſtamente nur auf einzelne individuelle Fälle abgeſehn! So konnte man in unſerm Beiſpiele namentlich zwei Wege einſchlagen. Entweder ließ man das Teſtament nur zum Theil ungültig werden, indem man die eingeſetzte Tochter ſchützte. Dieß zog auch Paulus vor, und es wird wohl meiſtens den Vorzug verdienen. Die enterbte Tochter erhielt ihre Inteſtatportion wirklich ab intestato, nämlich $\frac{1}{2}$. Auf das Ganze konnte ſie keinen Anſpruch machen, da ihre Schweſter keineswegs ihre Anſprüche

auf die Erbſchaft aufgegeben hat. Sie verſchmähte die Klage nicht, ſondern bedurfte ihrer überhaupt nicht. Es ließe ſich aber denken, daß die eingeſetzte Tochter blos ihren Viertheil bekäme, die enterbte aber die ¾, welche dem Fremden angewieſen waren, den ſie durch die Klage beſiegte, und dadurch ganz ausſchloß von der Erbſchaft. Allein auch hierin läge eine offenbare Unbilligkeit. Die Enterbte ſoll auch nicht mehr erhalten, als ihre Inteſtatportion beträgt. Der vacante ¼ fällt demnach der eingeſetzten Tochter ter zu, und vergrößert ihren Antheil an der Erbſchaft [283]).

Der andere Weg, den man wählen konnte, war, das ganze Teſtament zu zerſtören. Dann theilten ſich beide Schweſtern ab intestato in die Erbſchaft. Die eingeſetzte wurde nicht zurück gewieſen, als hätte ſie die Klage und ſomit die Inteſtaterbfolge verworfen. Denn dieſe war ihr nicht angeboten, und ſie konnte dieſelbe gar nicht erwarten, ſo lange nicht die Schweſter das Teſtament anfocht [84]).

Die Römiſchen Juriſten waren überall nicht ſehr

283) Cujas nimmt an Comment. in lib. 2 quaest. Pauli, ſie bekomme den einen 1/4 als Teſtaments-, den andern 1/4 als Inteſtaterbinn.

84) L. 23. pr. h. t. c. 3. C. eod.

geneigt, ein Teſtament für unwirkſam zu erklären, und gaben jenem erſten Verfahren gewöhnlich den Vorzug. Daher beſtimmten ſie auch folgendes. Sind die Meinungen der Richter getheilt, ſprechen z. B. zwei Kammern des Centumviralgerichts für, zwei gegen das Teſtament: ſo ſoll jene Meinung gelten, welche den letzten Willen des Verſtorbnen aufrecht erhält [285]).

Selbſt eine Strafe iſt dem gedroht, welcher die Klage leichtſinnig anſtellt, und den Proceß verliert. Sobald er nämlich bis zum Urtheil verharrt, ſo verliert er Alles, was ihm aus dem Teſtament, das er umwerfen wollte, vermacht war [86]). Dieß trifft übrigens nur den, welcher in eignem Namen klagt, nicht den Vater, der für den Sohn, den Tutor, der für den Mündel proceſſirt, noch den Erben, welcher die ſchon angeſtellte Klage des verſtorbnen Notherben durchführt [87]).

---

285) L. 10. h. t. *Zepernick* ad Siccam. de judic. Centumv. p. 157. sq. *Cuj.* Observ. X. 20.

86) L. 8. §. 14. h. t. L. 5. pr. de his, quae ut indign. Paul. IV. 5, 9. 10.

87) L. 22. §. 2. 3. L. 30. §. 1. h. t.

Viertes Buch.

Juſtinianiſches Notherbenrecht.

Novelle 115.

---

§. 23.

Bevor wir auf das Recht der Novelle eingehen, iſt es wohl zweckmäßig, das Recht, wie es vor derſelben galt, in kurzen Umriſſen wieder anzudeuten.

I) Die Kinder wurden von dem Vater oder väterlichen Großvater nicht ausdrücklich enterbt, ſondern übergangen. a) Sind ſie bis zu ſeinem Tode in ſeiner Gewalt geweſen, ſo iſt das Teſtament von Anfang an nichtig, und Inteſtaterbfolge tritt ein. Doch können ſie auch von der contra tabulas bonorum possessio des Prätors Gebrauch machen. b) Dieſe iſt dagegen das einzige Schutzmittel, was den Kindern zuſteht, wenn ſie vor des Erblaſſers

Tode aus ſeiner Gewalt getreten ſind; denn das Teſtament bleibt dem ſtrengen Rechte nach gültig, und wird nur ſo unwirkſam gemacht.

II) Die Kinder werden vom Vater ausdrücklich enterbt. Das Teſtament iſt zwar vollkommen gültig. Sie können es aber durch die Querela inofficioſi umſtürzen laſſen: es ſei denn, daß ihnen etwas vom Vater vermacht wurde, was ſie zum Pflichttheil rechnen können. Dann haben ſie blos den Anſpruch auf Ergänzung deſſelben.

III) Die Afterkinder ſtehn, dem Erfolg nach, den übrigen Kindern im Ganzen gleich. Nur wirkt natürlich erſt ihre Geburt.

IV) Die Kinder werden von der Mutter, oder mütterlichem Großvater enterbt oder übergangen, was hier ganz einerlei iſt. Dann iſt die Querela inofficioſi ihr einziges Rechtsmittel. Dieſes fällt aber aus, ſobald ihnen der Pflichttheil theilweiſe oder ganz hinterlaſſen iſt. Im erſten Falle können ſie Ergänzung deſſelben fordern.

V) Daſſelbe Recht, was hier von den Kindern der Mutter, gilt von den Eltern, die von ihren Kindern enterbt oder übergangen wurden. Nur der Vater hat gegen das Teſtament ſeines emancipirten Sohnes, der ihn ausſchloß, eine bonorum possessio auf ein Dritttheil.

Digitized by Google

VI) Ebenſo können Geſchwiſter vom Vater her ihr Teſtament gegenſeitig als pflichtwidrig anfechten durch die Querela inofficioſi, wenn ihnen unanſtändige Perſonen vorgezogen wurden; ausgenommen wenn ſie den Pflichttheil bekommen.

Erwägen wir nun, wie die ganze Erbfolge gegen den letzten Willen allmählich entſtand und wuchs, wie zuerſt blos die Kinder in der Gewalt gegen Uebergehung geſchützt wurden, wie man dieſen Schutz eigenthümlich modificirt auch auf die Emancipirten ausdehnte, wie darauf ſelbſt enterbte Kinder an die väterliche, und alle ausgeſchloſſenen Kinder ohne Unterſchied an die mütterliche Erbſchaft einen Anſpruch bekamen, und das Teſtament umſtoßen konnten, welches ſie ausſchloß, wie dieſes Recht ſelbſt auf die Eltern und Geſchwiſter übertragen wurde; nehmen wir darauf Rückſicht, wie das neuere Recht in gewiſſem Sinne immer das ältere wieder in ſich aufnahm und verallgemeinerte, wie in jenem die Cognation beſonders immer mehr Anerkennung fand, und das Princip der Agnation als veraltet zurücktrat: ſo ſehen wir ſchon daraus, daß eine Umſchmelzung der einzelnen verſchiednen Rechte in Ein allgemeines durchgreifendes Ganzes, in welchem die Cognation als entſcheidendes Princip herrſchte, für dieſe Zeiten höchſt paſſend geweſen wäre, und daß ohne dieß der

Schlußſtein fehlte, auf den das ganze Gebäude hinweiſt.

Das alte Recht ſondert Kinder in der Gewalt und Emancipirte ſtreng von einander. Davon weiß Juſtinians Zeit kaum mehr etwas; der Unterſchied iſt allmählich erloſchen, und ihr fremd geworden. Eben ſo wenig paßt für ſie der andere Unterſchied zwiſchen dieſen und den übrigen Kindern z. B. der Mutter. Sie kennt blos Kinder, die ſich als ſolche gleich ſtehen. Der alte Gegenſatz ferner zwiſchen civilem und prätoriſchem Recht, der einſt in der ſchönſten Zeit das Römiſche Recht ſo ſehr belebte und erfriſchte, war aufgelöſt und untergegangen. Ob jemand mit befehlenden Worten in ſtrenger Form enterbt, oder ſonſt irgendwie ausgeſchloſſen ſei, war der damaligen Anſicht gleichgültig, die ſich um jene alten Formen wenig mehr kümmerte.

Die drei Rechtsmittel, mit völlig verſchiedenen Wirkungen, auf ganz abweichende, meiſt veraltete Bedingungen und Erforderniſſe geſtützt, deren Sinn man nicht mehr faßte, oder doch nicht mehr angemeſſen und natürlich finden konnte, erſchwerten und verwirrten die Proceſſe. Kurz Alles ſprach laut das Bedürfniß nach Vereinfachung aus. Sie erfolgte auch wirklich nach der richtigen Meinung durch die Novelle 115,

Digitized by Google

nachdem Juſtinian ſchon lange vorher, Jahr 531, wie wir oben geſehn, dieſelbe bedeutend vorbereitet hatte.

Die Novelle 115 nun, vom Jahre 541, iſt wie ſo viele andere an den Praefectus Orientalium sacrorum praetoriorum gerichtet. Die Veranlaſſung dazu war zunächſt ein Proceß zwiſchen dem Biſchoff Euſtathius und dem Diacon Piſtus. Es wurde appellirt und die Richter wußten nicht, nach was für Geſetzen ſie entſcheiden ſollten, ob nach denen, welche zur Zeit des erſten Urtheils, oder denen, welche jetzt galten. Juſtinian, der darüber befragt wurde, gebot das erſtere. Davon handelt die Vorrede und das erſte Capitel. Daß jener Proceß auf keine Weiſe mit unſerer Lehre zuſammen hing, kann man mit großer Zuverſicht behaupten. Denn er ſetzt eine kurz vorhergegangene Veränderung des Rechts voraus. Die neueſte Verordnung des Kaiſers aber, die uns hier angeht, über die Größe des Pflichttheils, wurde ſchon vor 5 Jahren ertheilt.

Im folgenden Capitel ſucht er die Proceßfriſten abzukürzen, und macht darüber einige Beſtimmungen, und nachdem er auch dieſes mit wenig Worten abgethan, erläßt er vom dritten Capitel an ſein großes Geſetz über das Notherbenrecht. Er ſelbſt bringt es mit dem vorigen in keine Verbindung, ſondern ſtellt es als ſelbſtſtändige neue Verordnung hin, und ich wüßte

auch nicht, welcher Zuſammenhang ſich denken ließe; es wäre denn etwa, daß er, da er von Veränderungen des Rechts durch neue Geſetze geſprochen, nun gleich ein ſolches neues Geſetz daran anknüpfen wollte [288]. Im dritten, vierten und einem Theil des fünften Capitels iſt daſſelbe enthalten. Zugleich umſchließt es wieder einige anderweitige ſpecielle Beſtimmungen. Dann ſchließt ſich daran das Gebot für die Erbſchaftscreditoren, die Erben in den neun erſten Trauertagen nicht durch Forderung der Schulden zu ſtören. Im ſechsten Capitel endlich treffen wir auf eine Beſtimmung über constituta pecunia: worauf dann der Befehl zur gehörigen Bekanntmachung des ganzen Geſetzes gegeben wird.

Schon aus dieſer Anordnung des Ganzen läßt ſich vermuthen, daß Juſtinian bereits einige Zeit hindurch ein allgemeines Geſetz über Enterbung und Uebergehung der Notherben bei ſich erwogen hatte, und nun die erſte, obgleich ſehr unpaſſende Gelegenheit ergriff, um es zu publiciren. Dieß wird beſonders deutlich, wenn man bedenkt, wie weitläufig er hierin manches Einzelne behandelt, wie kurz dagegen er die übrigen Verordnungen abfertigt. Auf dieſe Gedanken hatte ihn vielleicht der Proceß der *Pulche-*

288) Vg. den Epilogus.

Digitized by Google

ria gebracht, welchen er ſelbſt zu entſcheiden hatte. Sie war von Vater und Mutter unbilliger Weiſe namentlich enterbt worden, die von Uebelwollenden beſchwatzt und getäuſcht waren, oder dieſe hatten gar die Teſtamente untergeſchoben. Kurz der Kaiſer ließ ſie nicht gelten, und machte die Pulcheria zur Erbinn. Das Nähere davon wiſſen wir nicht [289]. So viel iſt indeß klar, daß Pulcheria wenigſtens nicht unmittelbare, ſondern nur mittelbare Veranlaſſung zu dieſem Geſetz wurde. Daß aber das Geſetz eine ganz allgemeine Natur habe, kann niemand mit Grund bezweifeln. Es ſpricht nicht blos von der Enterbung, ſondern auch von der Uebergehung, nicht blos von einer ausgeſchloſſenen Tochter, ſondern auch von Söhnen, nicht blos von Kindern, ſondern auch von Eltern. Alles dieſes umfaßt es deutlich und beſtimmt.

Hier iſt es nun am Orte, die wichtigſten Stellen deſſelben mit ſeinen eignen Worten anzuführen, und ſo einen Ueberblick über das Weſentlichſte zu gewähren. Dann erſt können wir ruhig auf die Erörterung des Einzelnen eingehn. Dem Griechiſchen Urterte habe ich die wichtige Versio vulgata beigefügt.

---

289) c. 5. pr. in fine.

Κεφ. γ'.

Ἄλλο πρὸς τούτοις τῷ παρόντι νόμῳ προςθεῖναι συνείδομεν. Θεσπίζομεν τοίνυν, μὴ ἐξεῖναι παντελῶς πατρὶ ἢ μητρὶ, ἢ πάππῳ ἢ μάμμῃ, ἢ προπάππῳ ἢ προμάμμῃ, τὸν ἴδιον υἱὸν ἢ θυγατέρα ἢ τοὺς λοιποὺς παῖδας πραιτερίτους [290]) καταλιμπάνειν, ἢ ἀποκληρονόμους [91]) ἐν τῇ ἰδίᾳ ποιεῖν διαθήκῃ, κἂν εἰ δι' οἱαςδήποτε δωρεᾶς, ἢ ληγάτου, ἢ φιδεϊκομμίσσου, ἢ ἄλλου οἱουδήποτε τρόπου τὴν ἐκ τῶν νόμων αὐτοῖς ὀφειλομένην μοῖραν παράσχοιεν [92]), εἰ μὴ τυχὸν ἀχάριστοι ἀποδειχθεῖεν [93]), καὶ αὐτὰς ὀνο-

Cap. III.

Aliud quoque capitulum praesenti legi addendum esse perspeximus [94]). *Sancimus igitur non licere penitus* patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae suum filium vel filiam, vel ceteros liberos [95]) *praeterire, aut exheredes in suo facere testamento,* nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcunque modum eis dederit legibus debitam portionem:

---

290) Hal. ἀμνημονεύτους. Ebenſo Harmenopul.

91) Gewöhnlich lieſt man: ἀποκληρονόμων. Vg. dag. Cramer in der Zeitſch. f. geſch. Rechtswiſſ. Bd. I S. 310.

92) Dieſen Beiſatz laſſen die Baſil. weg, nicht aber das Scholion zu dieſer Stelle bei Fabrot. Th. V. S. 784.

93) Hal. ἀποδειχθήσονται. Er überſetzt aber: »comprobentur.«

94) Edit. vet. ap. Schöffer. Mogunt. 1477. (Vg. Biener Geſch. der Novellen pag. 323) und Venet. Arrivab. 1494. (Biener l. l. p. 328) leſen: »prospeximus.«

95) Edit. Schöff. laud. »filios.«

μαστὶ τὰς τῆς ἀχαριστίας αἰτίας οἱ γονεῖς τῇ ἰδίᾳ ἐγγράψαιεν διαθήκῃ. ἀλλ᾽ ἐπειδὴ τὰς αἰτίας, ἐξ ὧν οἱ παῖδες ἀχάριστοι ὤφειλον κρίνεσθαι, ἐν διαφόροις νόμοις διεσπαρμένας καὶ οὐ φανερῶς εἰρημένας εὕρομεν, ὧν αἱ μὲν οὐδὲ ἄξιαι ἡμῖν πρὸς ἀχαριστίαν ἔδοξαν, ἄλλαι δὲ καίτοι, ἄξιαι οὖσαι, παρελείφθησαν, διὰ τοῦτο ἀναγκαῖον εἶναι συνείδομεν, ταύτας ὀνομαστὶ τῷ παρόντι νόμῳ περιλαβεῖν, ὥστε παρὰ ταύτας μηδενὶ ἐξεῖναι ἐξ ἑτέρου νόμου ἀχαριστίας αἰτίαν ἀντιτιθέναι, εἰ μὴ τὰς τῷ ὕφει [96]) τῆς παρούσης διατάξεως περιεχόμενας.

§. ιδ'. — Εἴτε τοίνυν πάσας τὰς εἰρημένας τῆς ἀχαριστίας αἰτίας, εἴτε φανερὰς ἐξ αὐτῶν, εἴτε μίαν οἱανδήποτε οἱ γονεῖς τῇ ἰδίᾳ ἐγγράψαιεν διαθήκῃ,

nisi forsan probabuntur ingrati, et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento. Sed quia causas, ex quibus ingrati liberi debeant judicari, in diversis legibus dispersas, et non aperte declaratas [97]) invenimus: quarum aliquae nec dignae nobis ad ingratitudinem visae sunt: aliquae vero cum essent dignae, praetermissae sunt: ideo necessarium esse perspeximus, eas nominatim praesenti lege comprehendere: ut praeter ipsas nulli liceat [98]) ex alia lege ingratitudinis causas opponere [99]), nisi quae in hujus constitutionis serie continentur.

§. 14. Sive igitur omnes memoratas ingratitudinis causas, sive certas ex his, sive unam quamlibet parentes in [300]) testamento suo inseruerint, et scripti heredes no-

---

296) Hal. τῇ ὑφῇ.

97) Ed. Sch. »determinatas.«

98) So Contius a. 1571. (Biener l. l. p. 397.) Edit. Schöff. l. »praeter illas nulli« Ed. Venet. 1494. »praeter ipsas *nullas* «

99) Ed. Sch. l. »exponere.«

300) Ed. Sch. l. läßt »in« weg.

καὶ οἱ γραφόμενοι κληρονόμοι τὴν ὀνομασθεῖσαν ἢ [301]) ὀνομασθεῖσας αἰτίας, ἢ μίαν ἐξ αὐτῶν ἀληθῆ εἶναι δείξειαν, τὴν διαθήκην τὴν ἰδίαν ἔχειν ἰσχὺν παρακελευόμεθα· εἰ δὲ ταῦτα μὴ παραφυλαχθείη, μηδὲν γίνεσθαι πρόκριμα τοῖς ἀποκληρονόμοις [2]) γραφεῖσι παισὶν, ἀλλ' ὅσον εἰς τὴν ἔνστασιν τῶν κληρονόμων ἀνήκει, τῆς διαθήκης ἀ κ υ ρ ο υ μ έ ν η ς, εἰς τὴν τῶν γονέων κληρονομίαν τοὺς παῖδας ἐ ξ ἀ δ ι α θ έ τ ο υ ἐ ξ ἴ σ η ς μ ο ί ρ α ς ἔ ρ χ ε σ θ α ι. ὥστε μὴ τοὺς παῖδας πεπλασμέναις κατηγορίαις κατακρίνεσθαι, ἤ τινα περιγραφὴν ἐν ταῖς τῶν γονέων περιουσίαις ὑπομένειν. Εἰ μέντοι γε συμβαίη ἔν τισι τοιαύταις διαθήκαις ληγάτα τινα ἢ φιδεϊκομμίσσα [3]) ἢ ἐλευθερίας ἢ ἐπιτρόπων τινὰς δόσεις καταλειφθῆναι, ἢ ἄλλα οἱαδήποτε κεφάλαια τοῖς νόμοις ἐγνωσμένα ὀνομασθῆναι· ταῦτα πάντα κελεύομεν πληροῦσθαι, καὶ

minatam vel nominatas causas, vel unam ex his veram esse monstraverint, testamentum suam habere firmitatem [4]) decernimus. Si autem haec observata non fuerint, nullum exheredatis liberis praejudicium generari, sed quantum ad institutionem heredum pertinet, *testamento evacuato*, ad parentum hereditatem liberos *tanquam ab intestato ex aequa parte pervenire*, ne liberi falsis excusationibis condemnentur, vel aliquam circumscriptionem in parentum substantiis patiantur. Si vero contigerit in quibusdam talibus testamentis quaedam legata vel fideicommissa, aut libertates, ant tutorum dationes relinqui, vel quaelibet alia capitula concessa legibus nominari: ea omnia

301) Hal. ἢ τάς.

2) Hal. τοῖς μὴ κληρονόμοις. Ebenſo Harmenopol bei Reitz pag. 315. Gewöhnlich lieſt man ἀποκληρονόμων, was aber durchaus nicht ſtehen kann.

3) Harmen. umſchreibt dieß: τὰ πίστει τινὶ παρατεθέντα.

4) Ed. Scb. suam virtutem habere.

δίδοσθαι ἐκείνοις οἷς κατελείφθη, ὡς εἰ κατὰ τοῦτο τὸ μέρος μὴ ἀνατραπεῖσα ἡ διαθήκη ἐκράτει. καὶ ταῦτα μὲν περὶ τῶν διαθηκῶν τῶν γονέων διετυπώσαμεν.

Κεφ. δ'.

Δίκαιον δὲ εἶναι συνείδομεν, καὶ ἐκ τοῦ ἐναντίου περὶ τῶν διαθηκῶν τῶν παίδων τὰ αὐτὰ μετά τινος διαστίξεως διατυπῶσαι. Θεσπίζομεν τοίνυν, μὴ ἐξεῖναι τοῖς παισὶ τοὺς ἰδίους γονεῖς πραιτερίτους 305) καταλιμπάνειν, ἢ καθ' οἱονδήποτε τρόπον τῶν ἰδίων πραγμάτων, ἐν οἷς ἐξουσίαν ἔχουσι διατίθεσθαι, τούτους παντελῶς ἀλλοτρίους ποιεῖσθαι. εἰ μὴ τὰς αἰτίας, ἃς ἀριθμοῦμεν, ἐν ταῖς ἰδίαις ἰδικῶς ἐγγράψοιεν διαθήκαις. —

jubemus adimpleri, et dari illis, quibus fuerint derelicta, et tamquam in hoc non rescissum obtineat testamentum. Et haec 6) quidem de parentum ordinavimus testamentis.

Cap. 4.

Justum autem perspeximus, et e contrario de liberorum testamentis haec eadem cum aliqua distinctione disponere. Sancimus itaque *non licere liberis* parentes suos praeterire, aut quolibet modo a rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam, *eos omnino alienare*: nisi causas, quas enumeravimus 7), in suis testamentis specialiter nominaverint.

---

305) Hal. »ἀμνημονεύτους« wie oben. Harmenop. pag. 316. »ἀποκλήρους.«

6) »hoc« ed. Schöff. et Venet. 1494. »haec« Contius 1571.

7) Ed. Sch. beſſer: »enumerabimus.«

Digitized by Google

§ ϑ'. *Εἰ τὰς τοιαύτας τοίνυν αἰτίας, ἢ φανερας ἐξ αὐτῶν, ἢ μίαν οἱ παῖδες ἐν ταῖς ἰδίαις γράψαιεν διαθήκαις, καὶ οἱ γραφόμενοι παρ' αὐτῶν κληρονόμοι, ἢ πάσας φανερὰς* 308) *ἢ μίαν ἐκ τούτων ἀποδείξειαν· τὴν διαθήκην ἐν τῇ ἰδίᾳ ἰσχύϊ διαμένειν προστάττομεν. εἰ δὲ ταῦτα μὴ παραφυλαχθείη, μηδεμίαν δύναμιν τὴν τοιαύτην διαθήκην, τό γε εἰς τὴν ἔνστασιν τῶν κληρονόμων, ἔχειν θεσπίζομεν· ἀλλὰ* ἀ ν α τ ρ ε π ο μ έ ν η ς τ ῆ ς δ ι α θ ή κ η ς, τ ο ὺ ς ἐ ξ ἀ δ ι α θ έ τ ο υ *εἰς τὴν τοῦ τελευτήσαντος κληρονομίαν* κ α λ ο ῦ μ ε ν, *καὶ πρὸς αὐτοὺς τὰ* 9) *ἐκείνου πράγματα δίδοσθαι διατυποῦμεν· τῶν ληγάτων δηλονότι εἴτε φιδεϊκομμίσσων καὶ ἐλευθεριῶν, καὶ τῶν δόσεων τῶν ἐπιτρόπων καὶ τῶν ἄλλων κεφαλαίων, καθάπερ ἀνωτέρω εἴρηται, τὴν ἰδίαν ἐχόντων ἰσχύν. εἴ τι δὲ*

§. 8. Si tales igitur causas vel certas aut 10) unam ex his liberi suis testamentis inscripserint, et scripti ab eisdem heredes, aut omnes aut certas, aut unam ex his probaverint, testamentum in sua firmitate manere praecipimus. Si autem haec omnia 11) non fuerint observata, *nullam vim* hujusmodi testamentum, quantum ad institutionem heredum *habere* sancimus: sed *rescisso testamento*, eis qui *ab intestato* ad hereditatem defuncti vocantur, res ejus 12) dari disponimus: legatis videlicet vel fideicommissis et libertatibus et tutorum dationibus, seu aliis capitulis, sicut superius dictum est, suam obtinentibus firmita-

---

308) Hal. *ἢ πάσας ἢ φαν.*

9) Hal. *τοῖς ἐξ ἀδιαθ.* —— *κληρον. καλουμένοις τὰ* etc. Ebenſo Harm. p. 317.

10) Ed. Sch. et ed. Venet. cit. »vel.«

11) Das Wort »omnia« fehlt mit Recht in der angeführten Schöff. Ausgabe.

12) Ed. Venet. 1494. »ejus defuncti.«

ἢ περὶ ληγάτου ἢ φιδεϊκομμίσσου 313) ἢ ἐλευθεριῶν ἢ ἄλλων οἱωνδήποτε κεφαλαίων, ἐν ἄλλοις νόμοις εὑρεθείη τούτῃ διατάξει ἐναντίον, τοῦτο κρατεῖν κατ' οὐδένα βουλόμεθα τρόπον. Καὶ αὗται μὲν τῆς ἐξερεδατιῶνος ἢ πραιτεριτιῶνος 14) αἱ ποιναὶ, τόγε εἰς τὰς τῆς ἀχαριστίας αἰτίας, κατὰ τῶν εἰρημένων προσώπων διετυπώθησαν. —

Κεφ. ϛ'.

Ταῦτα δὲ διετυπώσαμεν, ἵνα καὶ τοὺς γονεῖς καὶ τοὺς παῖδας ἀπὸ τῆς τῶν διαθηκῶν ὕβρεως ἐλευθερώσωμεν. Εἰ δέ τινες κληρονόμοι ὀνομασθεῖεν κἂν εἰρητοῖς πράγμασιν ἀρκεσθῆναι προςταχθεῖεν, ἐν τούτῳ τὴν μὲν διαθήκην μὴ ἀνατρέπεσθαι προςτάττομεν· ὅπερ δ' ἂν ὑπέλαττον αὐτοῖς τῆς ἐκ τῶν νόμων μοίρας καταλειφθῇ, τοῦτο κατὰ τοὺς

tem. Si quid autem pro legatis sive fideicommissis et libertatibus, et tutorum dationibus, aut quibuslibet 15) aliis capitulis, in aliis legibus inventum fuerit huic constitutioni contrarium: hoc nullo modo volumus obtinere. Et hae quidem exheredationis aut praeteritionis poenae, quantum ad ingratitudinis causas contra praedictas personas statuendae sunt.

§. 5.

Haec autem disposuimus, ut et parentes et filios a testamentorum injuria liberos reddamus. Ceterum si qui heredes fuerint nominati, etiamsi certis rebus jussi fuerint esse contenti, hoc casu testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus: quicquid autem minus eis legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri. So-

---

313) Hal. *ληγάτων φιδεϊκομμίσσου.

14) Statt deſſen ſagt Harmen. 1 c. »αὗται μὲν τῶν ἀποκλήρων αἱ ποιναὶ etc.«

15) Beſſer leſen Ed. Sch. et Venet. cit. «sive [pro] fideicommissis aut libertatibus aut quibusdam« ohne »tut. dat.«

ἄλλους ἡμῶν νόμους παρὰ τῶν κληρονόμων, ἀποπληροῦσθαι. μία γάρ ἐστι τῆς ἡμετέρας γαληνότητος φροντὶς, τὸ [316]) τὴν ὕβριν τῆς πραιτεριτιῶνος καὶ ἐξερεδατιῶνος τῶν γονέων καὶ τῶν παίδων ἀνελεῖν. σκοπεῖν γὰρ ὀφείλουσιν οἱ γονεῖς [17]), ὅτι καὶ αὐτοὶ παῖδες γεγόνασι, καὶ τὰ αὐτὰ παρὰ τῶν οἰκείων γονέων ἐσχήκασι· καὶ παραπλησίως [18]) οἱ νῦν ὄντες υἱοὶ σπουδάζειν [19]) τοὺς τῶν γονέων λογισμοὺς θεραπεύειν, ἐπειδὴ καὶ αὐτοὶ γονεῖς ἐπιθυμοῦσι γενέσθαι, καὶ ὑπὸ τῶν ἰδίων εὔχονται τιμηθῆναι παίδων. ὅθεν δῆλον καθέστηκεν, εἰς τὴν τῶν ἀμφοτέρων ὠφέλειαν καὶ ἀσφάλειαν τὸν παρόντα ἀφορᾶν νόμον [20]).

Ia enim est *nostrae serenitatis intentio, a parentibus et liberis injuriam praeteritionis et exheredationis auferre.* Considerare namque debent parentes, quia et ipsi filii fuerunt, et eadem a suis parentibus speraverunt. Et similiter qui nunc filii sunt, debent studere parentum animos sanare: quia et ipsi parentes fieri desiderant, et a suis filiis optant honorari, unde et constat, ad utriusque partis utilitatem atque cautelam praesentem legem fuisse prolatam.

In den letzten Worten ſpricht Juſtinian die Abſicht ſeines Geſetzes ſelbſt aus. Er will ſowohl Eltern als Kinder von der verderblichen Enterbung und Uebergehung befreien. Beide ſollen an ihr enges Verhältniß und ihre eigne Ver-

---

316) Hal. τοῦ.
17) οἱ γονεῖς fehlt bei Hal.
18) Hal. παρομοίως.
19) Hal. σπουδάζουσι.
20) Vg. Basil. XXV. 8. 38 bei Fabrot. Th. IV. S. 783 sq.

Digitized by Google

gangenheit oder Zukunft denken, und ſich durchaus nicht gegenſeitig ausſchließen von der Erbſchaft. Hätte man dieß eigne Geſtändniß deſſelben immer gehörig beachtet, ſo wäre man wohl nie auf den Gedanken gekommen, als habe Juſtinian blos ein Verzeichniß von Enterbungsurſachen aufſtellen wollen.

Wie ſuchte er aber jenen Zweck zu erreichen? Er verbot ausdrücklich den Eltern, ihre Kinder auszuſchließen, mögen ſie das durch Enterbung oder Uebergehung zu bewerkſtelligen ſuchen. Ebenſo verbot er auch den Kindern, ihre Eltern auszuſchließen [321]. Dieß iſt das wahre Weſen unſers Geſetzes, der Mittelpunkt, von dem alle übrigen Beſtimmungen deſſelben ausgehn, und in den ſie wieder zurück kehren.

Betrachten wir das Einzelne, ſo ſehen wir, daß gleich von vorne herein nicht der mindeſte Unterſchied gemacht wird, zwiſchen Vater und Mutter, Großvater und Großmutter, das Geſetz alſo allgemein von Eltern ſpricht. Ebenſo, was ungleich wichtiger iſt, redet es in Beziehung auf jene ſowohl von Sohn als Tochter, und allen übrigen Deſcendenten, und ſtellt ſie alle gleich. Ob das ausgeſchloſſene Kind in der Gewalt des Vaters geſtanden,

---

321) c. 3. pr. c. 5. pr.

oder nicht; ob es überhaupt darin ſtehen konnte, oder nicht, das iſt dem Geſetzgeber gleichgültig. Er ſorgt blos für die **Kinder** als ſolche, und geſtattet nicht, daß dieſe von den Eltern bei Errichtung des Teſtamentes überſehen werden. Sie ſollen **weder enterbt, noch übergangen** werden. Dieſe **Gleichſtellung der Enterbung und Uebergehung** verdient die ſorgfältigſte Beachtung. Es iſt nicht etwa ein ungeſchickter Ausdruck des Geſetzgebers; denn er wiederholt daſſelbe mehrfach und zwar mit etwas andern Worten [322]. Aber alle zeigen deutlich, daß es ſein eigentlicher Wille war, beide gleichzuſtellen. Das eine aber auch auf die Mutter und mütterliche Aſcendenten, das andere blos auf den Vater zu beziehen, iſt völlig willkürlich hinein gelegt. Das Geſetz ſpricht ganz allgemein von allen Eltern, und deutet eine ſolche verſchiedene Beziehung mit keiner Silbe an. Wir müſſen daher durchaus annehmen, es erkennt die alten bedeutenden Abweichungen, welche jener Unterſchied zwiſchen Enterbung und Uebergehung bei den Kindern hervorbrachte,

322) c. 3. pr. »aut praeterire aut exheredes facere.« c. 4 pr. »praeterire aut omnino alienare« §. 8. »exheredationis aut praeteritionis poenae.« c. 5 pr. »injuriam praeteritionis et exheredationis auferre.«

nicht an. Es verbindet vielmehr mit beiden ganz dieſelben Folgen und Wirkungen, und faßt beide ganz allgemein. Auch hier fehlt es keineswegs an einer hiſtoriſchen Grundlage, ohne welche eine ſo plötzliche Umänderung des Rechts unwahrſcheinlich würde: denn ſchon früher kam es bei Kindern der Mutter ſowohl als den Eltern auf die Form der Ausſchließung nicht an, alſo grade bei den Perſonen, bei welchen ſich zuerſt das materielle Princip des Pflichttheils zeigte, das nun ganz allgemein herrſchend ward. Der Hauptgeſichtspunkt iſt alſo: Ausſchließung der Kinder ſoll unterſagt ſein. Ob dieß nun durch die alte exheredatio oder praeteritio geſchehe, das iſt dem Geiſte jener Zeit ganz gleichgültig, und in dieſem Sinne ſieht auch Juſtinian auf das Weſentliche hierin, und kümmert ſich nicht um die abweichende Form.

Die Kinder ſollen alſo von ihren Eltern immer zu Erben eingeſetzt werden, da die Natur ſie ſchon zu Repräſentanten derſelben berufen hat. Daſſelbe gilt auch umgekehrt von dieſen, und es genügt nicht, ihnen im Teſtament blos etwas z. B. als Legat oder Fideicommiß zu hinterlaſſen. Dieſe Beſtimmung iſt wieder ganz neu, da Juſtinian ſelbſt früher in einem ſolchen Fall das Teſtament aufrecht erhielt, und blos Ergänzung des Pflicht-

theils gebot. Jetzt aber ſollen ſie nicht blos bedacht, ſondern eingeſetzt werden, und nur in dieſem Falle den vollen Pflichttheil von den Miterben fordern können[323].

Werden aber gegen das Verbot des Geſetzes dennoch Kinder oder Eltern ausgeſchloſſen, dann ſoll der Ungehorſam des Erblaſſers beſtraft werden. Sein Teſtament wird, ſo weit die Erbeinſetzung reicht, nichtig, und es tritt alſo Inteſtaterbfolge ein. Nur die übrigen Verfügungen deſſelben, Legate, Fideicommiſſe, Freiheiten, Anordnungen der Tutel, werden geſchützt. Es iſt hinreichend, wenn nur der ausgeſchloſſene Sohn wirklich Erbe wird, hier nun ab intestato. Und es iſt kein Grund vorhanden, warum auch jene unweſentlichen Nebenbeſtimmungen des Teſtament, zuſammen fallen ſollten. Sie können erhalten werden, gewiſſer Maßen als Codicill. Denn daß Inteſtatſucceſſion erfolgt, wenn der einzige weſentliche Theil des Teſtaments die Erbeinſetzung nichtig wird, leidet keinen Zweifel, wenn es auch nicht ausdrücklich geſagt wäre[24].

§. 24.

Bevor wir uns näher darauf einlaſſen, wie

323) c. 5 pr.
24) c. 3. §. 14. c. 4 §. 8.

dieſe Richtigkeit der Erbeinſetzung erfolge, müſſen wir noch eine Ausnahme von der aufgeſtellten Regel ins Auge faſſen, die Juſtinian weitläufig behandelte, und daher viele ſo verführte, daß ſie vor der Ausnahme die Regel nicht weiter mehr ſahen, und am Ende jene für dieſe hielten.

Der Kaiſer geſtattet nämlich den Eltern ihre Kinder, und ebenſo den Kindern ihre Eltern aus beſondern wichtigen Gründen zu enterben. Dieſe ſind indeſſen keineswegs dem Gutfinden derſelben anheim geſtellt; ſondern auf eine gewiſſe Zahl allein gültiger und von dem Kaiſer ſelbſt aufgezählter beſchränkt. Sie müſſen aber nicht blos vorhanden, ſondern auch ausdrücklich im Teſtament angeführt ſein. Sonſt wird gar keine Rückſicht auf ſie genommen, auch wenn der Erbe ſie anderswoher vollkommen als Beweggründe der Enterbung herbei ziehn und beweiſen könnte. Noch mehr. Obgleich ſie dem Teſtament beigefügt ſind, iſt daſſelbe noch nicht der Gefahr entgangen, für ungültig erklärt zu werden, ſo lange nicht der geſchriebne Erbe die Wahrheit derſelben dargethan hat. Erſt von dieſem Augenblick an wirken ſie vollkräftig, und das Teſtament iſt ſicher vor Umſtürzung. Früher war der Beweis der Undankbarkeit nicht feſt geregelt, und ſtand ſehr der Willkür offen. Jetzt aber dachte ſich Juſti-

Digitized by Google

man die Sache beſtimmter ſo. Hat ein Vater gegründete Urſachen, ſeinen Sohn auszuſchließen, ſo ſoll er ſie ſelbſt anführen, und für ſie ſtehn. Es ſoll nicht in der Macht des Fremden, des eingeſetzten Erben liegen, irgend einen ehemaligen Streit zwiſchen Vater und Sohn aufzuſuchen, und vorzubringen. Nur der Vater ſoll die Undankbarkeit beurtheilen. Er ſoll aber auch ſelbſt den Streit mit dem Sohne durchführen, und ſeine Gründe gegen denſelben gelten machen. Sein geſchriebner Erbe ſoll ihn nur im Beweis vertreten: er iſt ganz an die von ihm angeführten Urſachen gebunden. Der Beweis ſelbſt wird in der Regel nur mittelbar durch den Erben geführt werden, und urſprünglich vom Vater ſelbſt. Denn wer ſollte jenen mit den nöthigen Beweismitteln verſehn, als gerade der Vater? Dieſer ſoll alſo nicht blos die Gründe der Ausſchließung nennen, ſondern er wird auch ſeinen Erben immer gehörig mit den Mitteln ausrüſten müſſen, den Beweis derſelben zu führen [324])

Für die Ausſchließung der Kinder zählte Juſtinian folgende 14 Gründe als wichtig genug auf.

1) Wenn ſich die Kinder an den Eltern thätlich vergreifen [25]).

---

324) Ich verdanke dieſe letztere Anſicht der gütigen Mittheilung des Herrn Prof. Haſſe.

25) Nov. 115. c. 3. §. 1.

2) Wenn ſie dieſelben hart und ſchmählich beleidigen [326]).

3) Wenn ſie die Eltern wegen Verbrechen verklagen, es wäre denn gegen den Fürſten oder den Staat begangen worden [27]).

4) Wenn das Kind mit Giftmiſchern und Zauberern verkehrt, indem es ſelbſt zu dieſem Gelichter gehörte [28]).

5) Wenn es dem Leben der Eltern durch Gift oder auf andere Weiſe nachſtellt [29]).

6) Wenn der Sohn mit ſeiner Stiefmutter oder der Concubine ſeines Vaters Unzucht treibt [30]).

7) Wenn derſelbe als Angeber ſeiner Eltern beim Richter auftrat, und durch ſeine Anzeige dieſelben in großen Schaden brachte [31]).

8) Wenn der Sohn oder Enkel die Eltern, welche wegen Schulden oder ſonſt im Gefängniß ſitzen,

---

326) §. 2. eod.

27) §. 3. eod. Vg. L. 2. pr. de accusat. L. 8 ad leg. Jul. majest.

28) §. 4. eod. »cum maleficis« »μετὰ φαρμακῶν.«

29) § 5. eod.

30) §. 6. eod. Der Concubinat fällt heut zu Tage als geſetzwidrig weg. Vg. L. 5. ad leg. Pomp. de parric.

31) §. 2. eod. Der Latein. Text hat »delator« (nicht dilator wie bei Gothofred und Spangenberg ſich findet) der Griechiſche »συκοφάντης«, Julian: »calumniator.«

Merkwürdig iſt es, wie Juſtinian jedem der drei zuletzt angeführten Gründe noch ein für ſich beſtehendes allgemeines Geſetz beifügte. Auch hier liegt ſein geſetzgeberiſcher Eifer, der ihn bei Abfaſſung der Novelle beſeelte, klar am Tage [339]).

Die Ausſchließung der Eltern hat Juſtinian den Kindern aus folgenden 8 Gründen geſtattet: die im Grunde die einzige Verſchiedenheit ausmachen, welche ſein Geſetz zwiſchen dem Rechte der Kinder und Eltern einführte. Die übrigen Beſtimmungen ſind, wie er ſelbſt ſich äußert, dieſelben.

1) Wenn die Eltern ihre Kinder wegen eines todeswürdigen Verbrechens angeklagt haben, es ſei denn des Hochverraths [40]).

2) Wenn ſie mit Gift oder auf andere Weiſe den Kindern nach dem Leben getrachtet haben [41]).

3) Wenn der Vater mit der Schwiegertochter oder Concubine ſeines Sohnes Unzucht trieb [42]).

4) Wenn die Eltern die Kinder an der Errichtung eines Teſtaments verhinderten, über den Theil ihres Vermögens, über welchen ſie befugt ſind zu teſtiren.

---

339) Vg. auch c. 4. §§. 6. 7. 8. eod.

40) c. 4. §. 1. eod. vg. L. 35 de relig.

41) §. 2 eod.

42) §. 3 eod. vg. vorhin c. 3 §. 6.

Dieß Letztere bezieht ſich namentlich auf das Verhältniß des Vaters zum Sohne, der ein peculium castrense oder quasi castrense beſitzt [343]).

5) Wenn der Vater die Mutter durch Gift zum Wahnſinn treiben, oder des Lebens berauben wollte, oder ſonſt ſie aus dem Wege zu räumen trachtete, und ebenſo umgekehrt, wenn die Mutter dieß verſuchte, ſo kann das Kind den verbrecheriſchen Theil gültig enterben [44]).

6) Wenn die Eltern ihre wahnſinnigen Kinder nicht pflegen [45]).

7) Wenn ſie kriegsgefangene Kinder verweigerten loszukaufen [46]).

8) Wenn ſie von dem Glauben abfielen [47]).

Dieſe Gründe führte Juſtinian allerdings an, um ſowohl den Erblaſſern als den Richtern die Möglichkeit zu rauben, nach Gutdünken auch allerlei andere Gründe für hinreichend zu halten, die nächſten Verwandten von der Erbſchaft auszuſchließen. Auch verordnete er ganz beſtimmt, daß nur dieſe, welche

343) §. 4 eod. »in quibus habent testandi licentiam.«

44) §. 5 eod.

45) §. 6 eod. Vg. oben c. 3 §. 12.

46) §. 7 eod.

47) §. 8. eod. Vg. oben c. 3 §. 14.

er aufzähle, Gültigkeit haben ſollen, und keine andern.

Dennoch fragt es ſich, wie weit dieſe Beſchränkung die freie Beurtheilung des Erblaſſers oder Richters hemme, ob nicht eben ſo kräftige oder noch ſtärkere Gründe [248]) als die angeführten dieſelbe Wirkſamkeit haben können? Wenn z. B. der Sohn mit der Braut ſeines Vaters Unzucht treibt, ſoll er deßhalb nicht eben ſo gut enterbt werden können, wie wenn er mit des Vaters Concubine Verkehr hat? Auf ſolche Gleichſtellung ſcheint das natürliche Gefühl der Billigkeit hinzudrängen. Die meiſten Praktiker nahmen daher eine ſolche Ausdehnung an. Juſtinian hat auch kaum an abſolute Vollſtändigkeit gedacht. Dieß zeigt ſchon die völlige Unordnung, in welcher dieſe Gründe auf einander folgen. Ohne beſtimmten Plan ſind ſie zuſammengeſtellt, wie ſie ihm oder ſeinem Schreiber grade einfielen. Einige derſelben, namentlich der zweite bei den Kindern, ſind auch ſo allgemein und unbeſtimmt gefaßt, daß ſich faſt alles Mögliche, ſogar manche von den neben ihm angeführ-

---

248) Vg. Glück a. a. O. S. 250. ff. *Noodt* Opera Lugd. Bat. 1724. t. II. p. 161 hält die Beſchränkung der Urſachen zwar für ganz unſinnig, aber doch dem Willen des Geſetzgebers gemäß.

ten Gründen darunter bringen laſſen. Doch geht Bynkerſhoek[249]) zu weit, wenn er deßwegen den ganzen Streit für überflüſſig erklärt, da alle erdenkbaren neuen Gründe in dieſem zweiten enthalten ſeien.

Betrachtet man ſo auf der einen Seite den deutlich ausgeſprochenen beſchränkenden Willen des Geſetzgebers, auf der andern Seite die natürliche Billigkeit einer Ausdehnung, worauf der Geſetzgeber ſelbſt wiederum in gewiſſem Sinne hinweiſt; ſo wird man geſonnen, einen Mittelweg einzuſchlagen, der auch ſonſt wohl die Regeln einer ächten Auslegung für ſich hat. Fremdartige Gründe dürfen allerdings auf keine Weiſe hergezogen werden, mögen ſie auch noch ſo triftig ſcheinen. Denn die Willkühr der Entſcheidung hierüber ſollte aufhören. Aber man darf auch nicht die aufgezählten Gründe zu wörtlich faſſen, und ſo noch mehr beſchränken, als der Geſetzgeber ſelbſt es wollte. Sondern man muß vielmehr auf die Abſicht ſehn, welche jeder einzelnen Urſache zum Grunde liegt, auf ihren innern Kern. Läßt ſich nachweiſen, daß eine nicht ausdrücklich aufgezählte Urſache auf demſelben Grundgedanken beruht, auf den ſich eine

249) Opera Col. Allob. 1761. T. I. p. 138. Obs. V. 5.

der angeführten ſtützt, ſo handelt man ſicher dem Willen des Geſetzes vollkommen gemäß, wenn man ſie eben ſo gelten läßt. Der Willkühr iſt dadurch kein Spielraum gegeben; man hat ja immer noch den feſten Halt des Geſetzes, den man ergreift [350]).

Nach Giphanius fügte Karl V. für die Kinder einen 15ten Enterbungsgrund hinzu: wenn dieſelben ohne Einwilligung der Eltern eine Ehe ſchließen. Eine wirkliche Verordnung habe ich nicht finden können. Dagegen kommt eine Andeutung derſelben mit Rückſicht auf ſchon beſtehende Praxis vor in der kaiſerlichen Erklärung Karls V. vom 15. Mai 1548 [51]). Und Hartitzſch führt denſelben Grund an, als in Sachſen gültig [52]). Daß er aus dem 11ten Juſtinianiſchen hervorging, iſt klar.

---

350) *Hub. Giphanius* hat in ſeiner Explan. leg. Cod. Just. ad auth. Non licet II. 70. die beſchränkende Meinung trefflich vertheidigt. Doch bin ich durch ihn nicht völlig überzeugt worden. Vg. auch *Sam. de Cocceji* Jus civ. controv. L. V. t. 2. q. 13. — Dagegen aber *Vinnius* Inst. Comment. ad pr. J. de inoff. test. 4te Ausg. S. 383.

51) Sammlung der Reichsabſchiede Bd. II. S. 564. Runde Deutſches Privatrecht §. 564.

52) Giph. a. a. O. S. 71. Hartitzſch Erbrecht S. 107.

In wiefern Ausſöhnung und Verzeihung wirken, worüber von jeher viel Streit unter unſern Juriſten geführt ward; das läßt ſich, wie ich glaube, durch keine allgemeinen Regeln beſtimmen, da dieß zu ſehr mit der Individualität jedes einzelnen Falls zuſammen hängt. Es wird daher am beſten der Prüfung und Einſicht des Richters überlaſſen bleiben [353].

Vergleicht man die aufgezählten Enterbungsgründe mit einander, ſo erhellt daraus ſicher, daß keiner derſelben auf ein noch ganz kleines Kind, dem ja kein Vergehen zu ſchulden kommen kann, fällt, noch viel weniger aber auf ein noch nicht gebornes. Afterkinder können alſo auf keine Weiſe mehr gültig enterbt noch übergangen werden, denn ſie ſind nie undankbar oder frevelhaft. Zum Theil war dieß ſchon früher von Juſtinian ausgeſprochen worden. Jetzt aber folgt es allgemein und ganz offenbar aus der Novelle 115 [54].

---

353) Die Literatur über dieſe Frage ſiehe bei Valett Noth-erbenrecht. S. 61. 62.

54) Vg. c. 33 §. 1 C. de inoff. test. *Glossa* vulg. ad. §. 2 J. de exher. lib. s. v. »rumpitur« und ad §. 5 J. eod. s. v. »antea nati sunt«. *Cujac.* Comment. in tit. D. de lib. et post. ad L. 3. Anderer Meinung iſt *Alciat.* Paradox. L. IV. c. 10 in Opp IV, 86.

§. 25.

Wie wird nun die Ungültigkeit der Erbeinſetzung hervor gebracht, welche die Novelle als Strafe für ungehörige Ausſchließung ankündigt?

Es gibt wenige Punkte im Römiſchen Recht, worüber die Meinungen der neuern Juriſten von jeher ſo ſehr getheilt ſind, und ſo ſchroff einander gegenüber ſtehen, wie dieſer. Auch wurden oft über dieſen Streit andere wichtigere Fragen, die hier abzuhandeln ſind, vernachläſſigt.

Vor allen haben ſich beſonders drei verſchiedne Anſichten gebildet, die Berückſichtigung verdienen. Nach der erſten, welche man das Inofficioſitätsſyſtem nannte, wird die Nichtigkeit der Erbeinſetzung durch die Querela inofficioſi bewirkt, ſei es nun die alte durch die Novelle blos modificirte, oder eine neue, aus der Novelle erſt entſtandene.

Ihr gegenüber ſteht das Nullitätsſyſtem, dem zufolge die fehlerhafte Erbeinſetzung in ſich nichtig iſt, und keiner Klage bedarf, um umgeſtürzt zu werden. Beide Meinungen vermitteln will das ſogenannte gemiſchte Syſtem, indem es der letztern beitritt, wenn überall kein Enterbungsgrund dem Teſtament beigefügt iſt, die erſtere aber vorzieht,

Digitized by Google

wenn dieſer zwar angegeben aber noch nicht bewieſen iſt.

An dieſer Verſchiedenheit der Anſichten trägt offenbar Juſtinian ſelbſt große Schuld. Er hätte ſich deutlicher ausdrücken können und ſollen. Es frägt ſich indeß, ob er ſelbſt Alles dieß klar erwogen, und vor Augen gehabt habe: worauf ich bald wieder zurück kommen werde. Jetzt wollen wir die Ausdrücke der Novelle betrachten, um die ſich meiſtens allein der ganze Streit gedreht hat. Es ſind dieſe:

c. 3. pr. Non licere — — praeterire — —, nisi forsan *probabuntur ingrati*, *et ipsas causas* — — *inseruerint* testamento.

c. 3. §. 13. personas, quas exheredare *non licet*, *nisi ingratitudinis causas ubique approbari contigerit*. (*εἰ μὴ τὰς τῆς ἀχαριστίας αἰτίας γραφῆναι καὶ ἀποδειχθῆναι συμβαίη*). Dieſe Stelle wird gewöhnlich ganz überſehn.

c. 3. §. 14. Si — — causas — — *inseruerint et heredes* unam — veram esse *monstraverint*. — — Si autem *haec observata non* fuerint, — — *testamento evacuato* liberos — tamquam ab *intestato* — pervenire.

c. 4. §. 8. Si causas *inscripserint*, *et* heredes — *probaverint* — —. Si autem *haec omnia non*

fuerint observata, nullam vim testamentum — — habere sancimus: sed *rescisso* testamento etc.

Faßt man dieſe Ausdrücke unbefangen ins Auge, ſo muß man geſtehn, daß ſie allein weder die erſte noch zweite Meinung entſchieden beſtätigen. Nur der dritten gemiſchten Anſicht widerſtreiten ſie ſämmtlich. Sie machen durchaus keinen Unterſchied zwiſchen dem zwar angeführten aber nicht bewiesnen, und dem überall nicht beigeſchriebnen Grund der Ausſchließung. Sie verbinden mit beidem ganz dieſelben Folgen, und ſprechen von beidem in unmittelbarer Verbindung mit denſelben Worten.

Häufig glaubte man in den Worten *evacuato, rescisso* testamento, *τῆς διαθήκης ἀκυρουμένης, ἀνατρεπομένης*, einen ſichern Beleg für das Inofficioſitätsſyſtem zu finden. Denn, ſagte man, was ipso jure nichtig iſt, kann nicht umgeworfen, zerſtört werden. Dieß iſt ganz wahr; und ich geſtehe, daß ich dieſen Beweis für ſehr bedeutend halten würde, wenn wir Papinians Sprache hier zu betrachten hätten. Da wir es aber mit Juſtinian zu thun haben, ſo ſteht gewiß nicht das mindeſte im Wege, jene Worte im Sinne des Nullitätsſyſtems ſo auszulegen: »indem das Teſtament von mir (dem Kaiſer) durch dieß Geſetz umgeworfen, für nichtig erklärt wird,«

Digitized by Google

ſo daß ſie eben den Willen des Geſetzgebers, der für die Zukunft alle dergleichen Teſtamente zerſtört, ausdrücken.

Dagegen begünſtigen die Worte des c. 4. §. 8. *nullam vim* testamentum habere offenbar mehr das Nullitätsſyſtem, obgleich auch ſie keineswegs, an ſich betrachtet, entſcheiden, und eine andere Erklärung zulaſſen können.

So viel von den bloßen Ausdrücken. Sehn wir auf den innern Zuſammenhang der ganzen Novelle, ſo glaube ich, geht daraus hervor, daß das Nichtigkeitsſyſtem den Vorzug verdiene. Es war, wie oben gezeigt wurde, Juſtinians Abſicht, eine unbillige Ausſchließung naher Perſonen im Teſtament überall zu verhindern. Daher erklärte er dieſelbe gleich von vorne herein, für »gänzlich unerlaubt,« und nur in dem Fall für ſtatthaft, wenn zugleich ein wichtiger Ausſchließungsgrund angegeben und erwieſen ſei. Wird ſeinem Verbot nicht gehorcht, ſo ſoll zur »Strafe« des Ungehorſams die ganze Erbeinſetzung nichts gelten.

Hier zeigen ſich Grundverſchiedenheiten vom alten pflichtwidrigen Teſtament. Jenes war völlig erlaubt, in jeder Hinſicht gültig, und fiel erſt zuſammen, wenn die Centumvirn durch ihr groſses Anſehn daſſelbe umwarfen. Jetzt aber iſt ein ſolches Teſta-

Digitized by Google

ment von Anfang an gegen den ausdrücklichen Willen des Geſetzes errichtet, es iſt eine verbotne Handlung, die auf keine rechtliche Anerkennung, auf keinen rechtlichen Schutz Anſpruch machen darf. Auch erinnert man ſich ſicher zur Unzeit an jene alten leges imperfectae, oder minus quam perfectae, welche zwar verbieten, aber die verbotne Handlung doch gelten laſſen. Dergleichen iſt Juſtinians Zeit fremd. Wer ſich ſeinem Willen nicht unterwirft, wird beſtraft, ſeine verbotnen Handlungen ſind ungültig [355]). Beides aber ſollte hier allein nicht der Fall ſein? Juſtinian ſagt auch nicht, ein ſolches Teſtament könne angefochten und umgeworfen werden, ſondern: es ſoll keine Kraft haben, d. h. es iſt ungültig. Ferner war die alte Querela inofficioſi ein außerordentliches Rechtsmittel; ſie bedurfte ſogar, um zu wirken, der Fiction des Wahnſinns. Jetzt aber verlangt die Novelle, da ſie allgemein alle Ausſchließung verbot, eines ordentlichen Rechtsmittel, und hat nicht nöthig,

---

355) Vg. c. 5. C. de legib. »ea, quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, *licet legislator fieri prohibuerit* tantum, nec specialiter dixerit, inutile esse debere quod factum est.«

Digitized by Google

jene Fiction zu Hülfe zu rufen, da ſie ſich auf ſich ſelbſt ſtützen kann [356]). Damit hängen auch die ganz verſchiednen Wirkungen zuſammen, welche der alten Querela inofficioſi zukamen, und welche jetzt gelten. Jene warf das ganze Teſtament um, mit allen ſeinen Beſtimmungen: die Novelle erklärt blos die fehlerhafte Einſetzung für ungültig.

---

356) Eine ganz wunderliche Meinung ſtellt Zimmern auf im Archiv. f. d. civ. Praxis. VIII. S. 155. Note 6. 7. Er glaubt, die alte Querela inofficioſi ſei in dem Falle noch nothwendig, wo der Sohn auf gar nichts eingeſetzt wurde, aber doch eingeſetzt, wodurch der Novelle ein Genüge geleiſtet ſei. Die actio suppletoria könne er aber nicht haben, weil er, ohne ſchon Etwas zu beſitzen, nicht auf jene Ergänzung klagen könne. Ohne Zweifel hat indeß jener Gelehrte ſchon längſt dieß Verſehen (anders weiß ich es nicht zu nennen) aufgegeben. Hier nur dieß. In L. 17. §. 3. de hered. inst. kommt kein Erbe auf gar nichts vor (überhaupt ein Unding, denn worin ſollte er den Erblaſſer repräſentiren? Was könnte ihm der nichts hat, adcreſiren?) ſondern es iſt nichts weiter, als eine illuſoriſche Erbeinſetzung. Der Erblaſſer ſagt, vielleicht einen gierig auf das Teſtament hoffenden Verwandten höhnend: Nachdem ich mein ganzes Vermögen bis auf den letzten Heller jetzt vertheilt habe, ſollſt du den Ueberreſt bekommen, d. h. wie der Juriſt hinzuſetzt, er bekommt gar nichts, und iſt nichts weniger als Erbe geworden.

Das Uebrige, die Legate, Fideicommiſſe u. ſ. w. werden nicht berührt von jener Strafe, ſowie ſie auch frei ſind von dem Fehler. Ehmals mußte ferner der Notherbe beweiſen, daß er durch ſein Betragen die Ausſchließung nicht verdient habe; jetzt muß der eingeſetzte Erbe im Gegentheil die Wahrheit des angeführten Grundes erweiſen. Endlich wäre es doch zu verwundern, daß Juſtinian in der ganzen großen Novelle der Querela mit keiner Silbe Erwähnung gethan hat, wenn er wirklich dieſe als Rechtsmittel für ſein Geſetz im Auge gehabt hätte.

Nach allem dieſem bin ich überzeugt, daß hier keine andere Klage zuſteht, als die gewöhnliche hereditatis petitio ab intestato, die man meinetwegen in dieſer Verbindung auch querela inofficiosi ex jure novo nennen kann, die vielleicht Juſtinian ſelbſt, und die Zeit nach ihm wirklich ſo nannten. Nur iſt das feſt zu halten, daß ſie keineswegs gegen ein gültiges Teſtament gerichtet wird, ſondern die Erbſchaft *ab intestato* fordert, weil ein Teſtament vorhanden iſt, das, weil es pflichtwidrig iſt, von dem Geſetz nicht als wirkſam anerkannt wird.

Dem Erfolg nach wird im Ganzen das Nämliche erreicht, man mag nun unmittelbare Nichtigkeit eintreten laſſen, oder aber die Querela inofficioſi im

eigentlichen Sinne für nöthig erachten, da die letztere jetzt doch nichts weiter als eine qualificirte hereditatis petitio ab intestato iſt. Dennoch zeigen ſich einige nicht unbedeutende praktiſche Verſchiedenheiten, auf welche beide Syſteme führen. Von dem dritten, dem gemiſchten Syſtem braucht, nach ſeinem Charakter, nicht beſonders die Rede zu ſein, da es ſich immer auf eines der beiden andern bezieht.

Wäre die Nichtigkeit des Teſtamentes eine abſolute, ſo könnte man freilich noch mehr Verſchiedenheiten aufzählen. Sie iſt indeſſen nach der richtigern Meinung eher eine relative. Dieß beweiſt ſchon die Aufrechthaltung der Vermächtniſſe, indem der Kaiſer ſo den letzten Willen wenigſtens theilweiſe ſchützte. Er dachte ſich die freilich völlige Nichtigkeit der Erbeinſetzung nur in Beziehung auf die Kinder und Eltern, nicht aber auf alle Inteſtaterben. Für jene zu ſorgen, war ſeine einzige Abſicht. Ihnen ſollte nullum *praejudicium* generari [357]. Unterlaſſen ſie daher die Erbſchaftsklage, ſo kann ſich ein ferner Inteſtaterbe nicht auf dieſe Nichtigkeit des Teſtaments berufen, welche nicht für ihn verordnet ward, noch die Erbſchaft ab intestato antreten. Ueberhaupt

---

357) c. 5. pr. c. 3. §. 14.

paſſen die Ausdrücke der Novelle beſſer zur relativen Nullität, zumal das Wort *rescindere* auch von der contra tab. b. possessio gebraucht wurde [358]. Dieſe war aber gerade bis Juſtinian am meiſten praktiſch geweſen, indem ſie das ſtrenge civile Syſtem umfaßte und milderte. Nichts iſt daher begreiflicher, als daß der Geſetzgeber, an ſie gewöhnt, auch hierin ihr folgte, und was in der Praxis herrſchte, nur erweiterte, und mit ſeiner Sanction verſah. So läßt ſich auch kaum denken, daß ein ſolches pflichtwidriges Teſtament ein früheres nicht rumpiren ſollte. Denn die in jenem enthaltnen Legate bleiben ja gültig ſtehn. Wie könnte man ſie aber den eingeſetzten Erben des ältern Teſtamentes noch zu den Vermächtniſſen, die aus dieſem auf ihnen laſten, zuſchieben?

Dagegen können allerdings abweichende praktiſche Folgen daraus entſtehn, daß im Fall der Nichtigkeit die Delation der Erbſchaft ab intestato zur Zeit des Todes des Erblaſſers geſchieht, aber wo es einer Querela bedarf, in der Regel ſpäter eintreten wird. Ferner verjährt die Querela bekanntlich in 5 Jahren, die hereditatis petitio aber erſt in 30 Jah-

358) L. 1. de leg. praest.

ren. Von einigen andern wird ſpäter gelegentlich noch die Rede ſein.

Die Sache ſtellt ſich demnach, um einige Hauptfälle anzuführen, ſo. A) Es enterbt jemand A ſeinen Sohn B, ohne einen Grund dafür anzuführen, und ſetzt C zum Erben ein: B ſuccedirt als Inteſtaterbe, und entreißt als ſolcher dem C den Beſitz der Erbſchaft. Beſitzt aber B zugleich von Anfang, ſo hat C keine Erbſchaftsklage gegen ihn. B) A enterbt den B, weil er ihm nach dem Leben getrachtet habe, C ſoll Erbe ſein. Dieſer Fall iſt ungleich ſchwieriger. Denn es iſt offenbar, daß das Teſtament nicht von Anfang an durchaus nichtig ſein kann. Beweiſt C den angeführten Enterbungsgrund, ſo bleibt er Erbe, und wird es nicht erſt jetzt. Dem Teſtament hatte auch nichts gefehlt, was ſeine Ungültigkeit hervor brachte. Daran nahmen viele, welche ſonſt das Nullitätsſyſtem für das richtige hielten, Anſtoß, und wurden in dieſem Punkte wankend. So entſtand ohne Zweifel das gemiſchte Syſtem.

Betrachten wir den Fall natürlich (dieſe natürliche Anſicht aber iſt zugleich die einzig juriſtiſche), ſo finden wir zwei mögliche Erben, B und C, jenen ab intestato, dieſen ex testamento. Alles hängt davon ab, ob C den angeführten Enterbungsgrund beweiſen kann, oder nicht. Hat er deſſen Wahrheit dar-

gethan, ſo bleibt ihm die Erbſchaft geſichert, und B wird zurück gewieſen, wenn er etwa eine hereditatis petitio gegen ihn anſtellen wollte. Hat er es nicht gekonnt, ſo bleibt B Erbe und zwar ab intestato. Auch er leitet aber ſein Recht nicht erſt von der Zeit ab, wo jener den Beweis führen wollte, aber nicht ſiegreich konnte, ſondern von dem Tode des Erblaſſers an. Denn ſchon damals war der Grund nicht bewieſen und ungültig.

Beiden muß aber daran liegen, bald der Zweifel über ihr ſchwebendes Recht überhoben zu ſein. Die Sicherheit wird am einfachſten dadurch erreicht, daß B die hereditatis petitio ab intestato gegen C anſtellt. Dieſer kann ihr nur dadurch entgehn, daß er die Gültigkeit des Teſtamentes, alſo die Wahrheit jenes Grundes erweiſt. Ebenſo kann C, wenn B die Erbſchaft beſitzt, eine hereditatis petitio ex testamento gegen B gebrauchen, wobei er, um ſie durchzuſetzen, den Enterbungsgrund beweiſen muß.

So, glaube ich, laſſen ſich die Schwierigkeiten völlig heben, ohne daß man nöthig hat, eine neue beſondere Klage für dieſen Fall zu erfinden, noch einen Unterſchied zu machen, dem die Faſſung der Novelle aufs beſtimmteſte widerſpricht.

Digitized by Google

§. 26.

Viel wichtiger iſt ohne Zweifel die Frage nach dem Verhältniſſe des neuen Rechts der Novelle zum alten Recht. Im Allgemeinen war davon ſchon oben die Rede. Es ward gezeigt, daß Juſtinian in ſeinem Geſetze überhaupt ſowohl die Uebergehung als Enterbung der Kinder und Eltern verbot, und für den Fall des Uebertretens dieſes Verbots Nichtigkeit der Einſetzung verordnete. Daraus geht nämlich unmittelbar hervor, daß ſeine neue Geſetzgebung das ganze alte Recht, ſowohl das civile als prätoriſche, und die Lehre vom pflichtwidrigen Teſtament in ſich begreift und umfaßt. Sie verbindet und verſchmelzt ſie alle zu einem neuen, zeitgemäßen Recht, wobei es nicht mehr auf äußere Formalitäten, ſondern auf das Weſen der Enterbung ankommt. Sie enthält auch von allen Beſtandtheile in ſich, vom civilen Präteritionsrecht die in Beziehung auf die Notherben völlige, keiner Fictionen bedürfende Nichtigkeit der Erbeinſetzung, von der prätoriſchen contra tabulas possessio vor allem die relative Nichtigkeit des Teſtamentes, und die Aufrechterhaltung der Legate, von der Lehre vom pflichtwidrigen Teſtament die Ausdehnung auf Kinder und Eltern und die Beſtimmungen über die Ausſchließungsgründe.

Digitized by Google

Alles dieſes zeigt aufs klarſte, daß wir hier eine Umwandlung der ganzen Lehre beſitzen.

Wohl möglich, daß Juſtinian ſelbſt dieß nicht ganz klar begriffen hat. Sonſt hätte er vielleicht ausdrücklich davon geſprochen. Auch traf er blos, von den Bedürfniſſen ſeiner Zeit getrieben, im Allgemeinen das Rechte: dieſes aber kunſtvoll im Einzelnen durchzuführen, und juriſtiſch auszubilden, verſtand weder er noch ſeine Zeit. Aus jenem Stillſchweigen deſſelben hat man die bedeutendſten Gründe ziehen wollen für die Meinung, daß das ganze alte Recht noch fortbeſtehe. So gewiß es aber iſt, daß Juſtinian, wenn er neues Recht einführt, gewöhnlich ſich in Lobeserhebungen über ſeine Weisheit erſchöpft, ſo hängt dieß doch ſehr davon ab, wer gerade von ſeinen Rathgebern ihm zur Seite war, und für ihn die Verordnungen abfaßte. Und oft entbehren die allerwichtigſten Neuerungen dieſer prahlenden Einleitungen, z. B. die Gleichſtellung der Legate und Fideicommiſſe. Selbſt die Novelle 118 tritt ohne großen Pomp auf.

Jene Maſſe von vielfachen Unterſcheidungen in unſrer Lehre war ohne allen Zweifel in den Gerichtshöfen des Juſtinianiſchen Reichs ſchon lange nicht mehr praktiſch [359]. Die Zeit verſtand ſie nicht,

359) Auch Geßner macht dieſen praktiſchen Zuſtand mit Recht gelten. Obs. p. 34.

und erkannte ſie nicht an. Um ſo weniger brauchte der Kaiſer das alte Recht ausdrücklich aufzuheben. Stellte er ein neues auf, welches jenes ganz umfaßte, ſo dachte wohl niemand daran, ſtatt deſſen jene veralteten Regeln wieder hervor zu rufen.

Beſondere Anſchaulichkeit und neue Beſtätigung gewinnt dieſe Anſicht von der gänzlichen Umſchaffung des ganzen Rechts, wenn wir die wichtigſten einzelnen Fälle erwägen.

I) Ein Sohn und zwar A) ein *suus* wird von ſeinem Vater übergangen, d. h. nicht namentlich enterbt. Z. B. A ſoll mein Erbe ſein; meinem undankbaren Sohn B legire ich blos Alimente. Weiter ſoll er nichts haben, da er meinem Leben nachgeſtellt hat. Nach dem Recht der Novelle iſt das ganze Teſtament in jeder Beziehung gültig, ſobald A die Wahrheit des angeführten Grundes erwieſen hat. Kann A ſie nicht darthun, ſo fällt blos die Erbeinſetzung zuſammen, das Uebrige bleibt wirkſam. Nach dem alten Recht iſt dieß ganz gleichgültig, und das Teſtament iſt immer nichtig, in allen ſeinen Beſtimmungen. Hier zeigt ſich der Gegenſatz auf's grellſte. Der aus den beßten Gründen mit Recht übergangne Sohn ſoll das ganze Teſtament umſtürzen können, blos weil er in der Gewalt des Vaters gelebt hat, und nicht ausdrücklich enterbt iſt?

Digitized by Google

Wäre er enterbt worden, ſo wäre, nach aller Meinung, das ganze Teſtament vollgültig. Dieſe ganz entgegen geſetzte Entſcheidung ſollte in einer Zeit noch Statt finden, die einzig auf den Grund der Ausſchließung und dieſe ſelbſt ſieht, der die Form, ob ſie als Enterbung und Uebergehung ſich geſtalte, einerlei iſt, in der die väterliche Gewalt ſelbſt und ihre Folgen faſt ganz aufgelöſt und veraltet ſind. Abſurd wäre dieß ſicher. Es iſt aber wirklich nicht ſo. Juſtinian verordnet mit klaren Worten: Wenn der Grund der Ausſchließung im Teſtament beigefügt und bewieſen iſt, ſo ſoll das Teſtament volle Gültigkeit haben [360]. Er ſchafft aber ebenfalls civiles Recht, das nicht hinter dem alten in ſeiner Kraft und Geltung zurück ſteht, ſondern vielmehr jenes, wo es widerſpricht, abſchafft. Das ſah man auch allgemein ein, daß beide Rechte, neues und altes nicht neben einander beſtehn können. Aber weil man dieſes bei den Kindern, welche im alten Ordo: Unde liberi ſuccedirten, nicht aufgeben wollte, ſo beſchränkte man die Novelle, wider ihren Geiſt und Ausdruck auf die Fälle der alten Querela inofficioſi, und ließ im Uebrigen das alte

---

360) c. 3. §. 14. c. 4. §. 8.

Digitized by Google

Recht fortwirken, als ob es nicht längſt ſeiner Natur nach erſtorben wäre. Unſern Sitten iſt es aber fürwahr noch fremder, einen ſo bedeutenden Unterſchied zwiſchen Enterbung, deren eigentliches formelles Weſen wir kaum mehr kennen, und ſonſtiger Ausſchließung eintreten zu laſſen, abgeſehn noch von den Wirkungen der väterlichen Gewalt.

B) Ein emancipirter Sohn iſt übergangen. Auch dieſer Fall iſt in die Sphäre des neuen Geſetzes aufgenommen, und wird eben ſo entſchieden, wie der vorige. Mit Recht; denn er weicht von dieſem nur dadurch ab, daß hier von einem Emancipirten, dort von einem Suus die Rede iſt. Dieſen Unterſchied untergrub aber das prätoriſche Recht ſchon mehre Jahrhunderte vor Juſtinians Geſetzgebung, der endlich die letzten Spuren deſſelben verwiſchte. Die *contra tabulas bonorum possessio* iſt demnach ebenfalls jetzt unnöthig, um dem Sohne gegen ungerechte Ausſchließung beizuſtehn. Und auch ſie wird durch die Novelle, wo ſie mit ihr übereinſtimmt, hinreichend erſetzt, wo ſie ihr widerſpricht, aber abrogirt.

II. Die Kinder werden von ihrem Vater namentlich enterbt, und zwar aus einer gegründeten beigefügten Urſache, die vom geſchriebnen Erben bewieſen iſt. Dann iſt das Teſta-

ment vollgültig, wie dieß vom Geſetze ſelbſt klar ausgeſprochen iſt. Nach dem alten Recht war es ebenfalls gültig: daher läßt ſich hier nicht leicht eine Colliſion denken. Wohl aber tritt dieſe ein, wenn kein Grund der Enterbung angegeben wurde. Auch hier war nämlich früher das Teſtament gültig, konnte aber durch die Querela inofficioſi umgeſtürzt werden, wenn das gute Betragen des Sohns erwieſen wurde. Jetzt kommt es auf dieſen Beweis nichts an: ſondern in allen dieſen Fällen iſt die Erbeinſetzung fehlerhaft, und daher nichtig. Mag wirklich ein Grund dazu vorhanden ſein oder nicht, genug er iſt nicht angegeben, und hat als ſolcher auch keine Wirkung. In der Mitte zwiſchen beidem liegt wieder der Fall, wo der Grund zwar angegeben, aber noch nicht bewieſen iſt. Dann iſt das eine oder andere mögliche Folge. Immer aber iſt in allen dieſen Verhältniſſen hinlänglich durch die Novelle geſorgt; und ſie abſorbirt das alte Recht ganz. Auf namentliche Enterbung kommt es ihr nicht mehr an: ſondern an deren Stelle iſt die Anführung des Beweggrundes getreten. Meiſtens freilich wird, wenn dieſer dem Teſtament beigeſchrieben iſt, zugleich auch die Enterbung namentlich geſchehn ſein: zumal da darunter blos individuelle Bezeichnung des Enterbten zu verſtehn iſt. Nothwendig iſt dieß Zuſammentreffen aber nicht.

III. Bei den Afterkindern läßt ſich, wie wir oben geſehn haben, gar keine gültige Enterbung oder Uebergehung mehr denken: da ſie dieſelbe nie verſchuldet haben können. Wird ſie dennoch verſucht, ſo iſt nach dem Recht der Novelle die Erbeinſetzung in dieſem Teſtament immer nichtig. Hier ließe ſich am ehſten eine Fortdauer des alten Rechts denken, da dieſes urſprünglich nicht auf der Unbilligkeit der Präteritio beruhte, ſondern auf dem Grundſatz: Agnatione postumi testamentum rumpitur, der bis in die ſpäteſten Zeiten noch wiederholt wird. Doch hat ſich daſſelbe im Verlauf der Zeit ſo ſehr dem übrigen Recht der Kinder auf Beachtung im Teſtament angenähert, daß man oft gar keinen Unterſchied mehr zwiſchen ihnen zu machen wußte. Ich halte es deßhalb auch hier für richtiger, die Novelle allein wirken zu laſſen, indem ſie vollkommen genügt. Thut man dieß nicht, ſo wird einerſeits der väterlichen Gewalt noch zu viel Gewicht beigelegt, anderſeits entſteht eine offenbare Unbilligkeit, die in dem alten Recht zwar ebenfalls nicht fremd, aber doch nicht ſo auffallend war, da dieß mehr auf unumſchränkter Teſtirfreiheit und Beachtung der Form hielt. Der böswillige Erblaſſer wird nämlich der gänzlichen Zerſtörung des Teſtaments leicht vorbeugen können [361],

---

361) Vg. Valett a. a. O. S. 62.

indem er ſein Afterkind im Teſtament wirklich enterbt. Dann bleiben ja alle ſeine Verfügungen außer der Erbeinſetzung gültig. Dagegen iſt der gutgeſinnte Erblaſſer, der vielleicht nicht weiß, daß er eine ſchwangere Frau hinterläßt, oder das Teſtament ſchon früher gemacht hat, und nun plötzlich ſtirbt, ſchlimmer daran: wenn durch die Geburt des nicht bedachten Kindes das ganze Teſtament in allen ſeinen Theilen unmittelbar nichtig wird.

IV. Die Kinder werden von ihrer Mutter oder mütterlichem Großvater von der Erbſchaft ausgeſchloſſen. Daß dieſer Fall ganz unter den Bereich der Novelle gehöre, iſt ſoviel ich weiß, noch nie bezweifelt worden. Es kommt alſo hier wie überall nach meiner Anſicht, Alles auf die Beifügung und den Beweis des Ausſchließungsgrundes an.

V. Werden die Eltern von ihren Kindern ohne Grund von der Erbſchaft ausgeſchloſſen, ſo gilt bei ihnen natürlich blos das Recht der Novelle, nicht mehr die alten Befugniſſe zur Querela inofficioſi. Iſt aber auch die *contra tabulas bon. possessio*, welche ehmals dem Vater zuſtand, der ſeinen Sohn freigelaſſen hatte, aufgehoben? Sehr oft wird dieſe Frage ganz überſehn. Daß die Novelle auch für ſolche Väter, ſo gut wie für andere Eltern geſorgt hat, leidet keinen Zweifel. Wir können daher mit

Recht annehmen, daß jene bon. poſſeſſio, die ohnehin unpraktiſch geworden wäre, ſchon in der Novelle ihre Auflöſung fand [361 a]).

VI. So allgemein und umfaſſend im Uebrigen die Novelle erſcheint, ſo thut ſie dennoch der Geſchwiſter keine Erwähnung. In Rückſicht auf ſie iſt daher das alte Recht der Querela inofficioſi ſtehn geblieben. Auffallend bleibt dieſe Erſcheinung immer, und ſie wird nicht erklärt, wenn man auch der Meinung derjenigen zutritt, welche der Novelle nur geringe Wichtigkeit beilegen, und in ihr nicht viel mehr als eine Aufzählung der möglichen Enterbungsgründe ſehen. Denn auch ſo läßt ſich immer noch fragen: Warum hat Juſtinian nicht auch für die Geſchwiſter dergleichen Gründe vorgeſchrieben, da dieſe doch einer ſolchen Beſtimmung nicht minder bedurften, als Kinder und Eltern? Viele ſuchten zwar dieſe in der Novelle 22. c. 47. pr.; aber dieß Geſetz bezieht ſich gar nicht auf die Enterbung der Geſchwiſter [62]). Ferner geben auch jene zu, daß bei einer

---

361 a) Vg. Krondal: Findet die quer. inoff. test. oder richtiger die quer. null. ex Nov. 115 zu Gunſten des Vaters gegen eine letztwillige Verfügung ſeines Adoptivkindes Statt? Er verneint die Frage. Archiv f. civ. Prax. B. IV. S. 384–91.

62) Schon die Gloſſe konnte zu einer ſolchen falſchen

ungegründeten Enterbung eines Kindes, das Teſtament der Mutter nur, ſoweit die Erbeinſetzung reicht, ungültig werde, nicht aber die übrigen Verfügungen. Hier aber wird, wenn der enterbte Bruder die Querela durchgeſetzt hat, das ganze Teſtament in allen ſeinen Theilen ungültig: was doch immer eine wunderliche Verſchiedenheit iſt; die freilich bei unſrer Anſicht mehr Aufſehn macht, als bei jener, da letztere noch eine Menge ähnlicher und zum Theil viel gröberer Ungereimtheiten ſich gefallen läßt.

Doch mildert ſich dieſer Vorwurf, der die Juſtianiſche Geſetzgebung hiebei trifft, allerdings dadurch, daß ſolche Fälle ſehr ſelten vorkommen werden, weil die Klage nur geſtattet iſt, wenn eine unanſtändige Perſon [363]) den Geſchwiſtern als Erbe vorgezogen wurde. Ich bin indeſſen ſehr geneigt, zu glauben, Juſtinian habe, vielleicht gerade wegen ſeiner Seltenheit, dieſen Fall nicht abſichtlich übergangen, ſondern vielmehr es vergeſſen, ihn zu erwähnen und neu zu beſtimmen.

Anwendung verleiten, die ſich ſogar Donellus wirklich zu Schulden kommen ließ. Comment. de J. C. Lib. IV. c. 15. §. 2—5.

363) Auch die Fortdauer dieſer Bedingung wurde in neuern Zeiten, aber ohne Grund beſtritten. Vg. Schrader. Diss. laud. §. 41. 42.

§. 27.

Das Recht auf den Pflichttheil iſt in ſeiner alten Geſtalt auch in der Novelle anerkannt, ſo bald Kinder oder Eltern eingeſetzt ſind, aber vielleicht auf einen zu kleinen Theil. Iſt ihnen aber nur ein Legat oder Fideicommiß hinterlaſſen worden, ohne daß ſie zugleich zu Erben eingeſetzt ſind, ſo fällt ihr Recht auf den Pflichttheil weg, und ſie können blos auf Nichtigkeit des Teſtaments dringen. Erfolgt dieſe aber nicht, weil der Erbe z. B. die Wahrheit des angeführten Grundes erwieſen hat, ſo haben ſie dennoch kein Recht auf den Pflichttheil als ſolchen [364]. Auch hierin ſehe ich eine neue Beſtätigung der Anſicht, daß die alte Querela inofficioſi aufgehoben iſt. Würde ſie auch jetzt noch fortdauern, ſo wäre es wenigſtens ſehr auffallend, wenn der enterbte Sohn an ſie nothwendig gebunden wäre, und nicht die freie Wahl hätte, ſie zu gebrauchen, oder die Ergänzung des Pflichttheils zu fordern.

Hingegen in Rückſicht auf die Geſchwiſter bleibt es beim alten Recht des Pflichttheils in jeder Beziehung. Sie können blos auf Ergänzung des Pflicht-

---

364) c. 5. pr. c. 3. pr.

Digitized by Google

theils, nicht aber mit der Querela inofficioſi klagen, ſobald ihnen nur irgend etwas z. B. als Legat vermacht iſt. Denn bei ihnen iſt es keineswegs durchaus erforderlich, daß ſie zu Erben eingeſetzt werden: und in dieſem Sinne ſind die Geſchwiſter keine Notherben.

Seitdem wurden aber durch die Novelle 118 und ihren Anhang die Novelle 127 einige Veränderungen wenigſtens mittelbar herbeigeführt. Da die Größe des Pflichttheils nach der Inteſtatportion ſich richtet, muß ſie natürlich, wenn dieſe ſich durch neue Geſetzgebung verändert, ebenfalls verſchieden werden. Da z. B. Geſchwiſter und Eltern zugleich zur Inteſtaterbfolge gelangen, ſo wird meiſtens jener Pflichttheil kleiner ausfallen, als ehmals, wo jene dieſen häufig vorgingen. Dieß bedarf indeß keiner genauern Durchführung im Einzelnen.

Viele neuere Juriſten ſchreiben der Novelle 118 ganz beſondere Wichtigkeit zu in unſrer Lehre, und leiten bedeutende Veränderungen aus ihr her. Um ſie gehörig zu würdigen, muß man vor allen das Verhältniß der Inteſtaterbfolge zum Notherbenrecht gehörig auffaſſen und feſthalten. Daß beide mit einander eng verbunden ſind, leidet keinen Zweifel. Dieſes ſetzt immer jene voraus, und kann ohne ſie nicht beſtehn: nicht aber umgekehrt. Nur ein Inteſtat-

erbe kann Notherbe ſein; aber nicht jeder Inteſtaterbe iſt auch Notherbe. Dieß zeigt die ganze Geſchichte unſrer Lehre ſo deutlich, daß es keiner beſondern Belege mehr bedarf. Es kann daher aus der Erweiterung der Inteſtaterfolge noch kein ſicherer Schluß gemacht werden auf Ausdehnung des Notherbenrechts, welches an gewiſſe Perſonen gebunden iſt, und immer einer beſondern Ertheilung bedarf. Von dieſem ſpricht aber Juſtinian ſonderbarer Weiſe in der Novelle 118 gar nicht. Man hat ſich daher um ſo mehr zu hüthen vor willkührlichen Ausdehnungen.

So wird z. B. der von einem Ascendenten, alſo mit vollen Wirkungen adoptirte Sohn jetzt auch als Inteſtaterbe ſeines natürlichen Vaters zugelaſſen. Dennoch dauert das alte Verbot, daß er des letztern Teſtament nicht anfechten könne, ſicher fort [365]. Ebenſo wollte man, weil die Novelle 118 die Geſchwiſter blos vom Vater her den Geſchwiſtern, die nur die Mutter gemeinſam haben, gleich ſtelle, und weil ſie ſelbſt die Geſchwiſterkinder in gewiſſen Fällen zugleich mit jenen zur Erbfolge rufe, allen dieſen

---

365) Nov. 118. c. 4. c. 10. §. 1. C. de adoption. Vg. Schrader a. a. O. §. 30. Glück Erläuterung der Pand. Th. VII. S. 11. Geßner a. a. O. S. 79.

Perſonen gleiche Rechte an der Querela inofficioſi und dem Pflichttheil zugeſtehn. Beſonders trieb J. H. Böhmer [366]) dieſe Meinung auf die Spitze. Dazu iſt man aber gewiß nicht berechtigt, und zwar um ſo weniger, je beſchränkter überhaupt die Anſprüche der Geſchwiſter ſind. Am ehſten würde ich indeß eine Ausdehnung auf die Halbgeſchwiſter von der Mutter her zugeben, wie ſchon oben bemerkt wurde [67]). Aber auch dieſes iſt nicht gerade zu nöthig. Wo das einheimiſche Recht mit ſeinen verſchiedenen Anſichten entgegen ſtrebt, wird ſich dieſer allerdings ſeltſame Ueberreſt des alten Rechts von ſelbſt in den Hintergrund verlieren. Er iſt indeſſen auch nicht ſo vereinzelt, als man wohl glauben möchte. Denn nach Juſtinianiſchem Recht werden immer noch nur die Agnaten des Adoptivvaters Cognaten des Adoptivſohnes, nicht auch zugleich die Cognaten des erſtern.

Auf der andern Seite entſtehn allerdings daraus Neuerungen, daß die Novelle 118 die Rangfolge

---

366) In ſeinen oben angef. Exercitt. ad Pand. t. II. ad Lib. V. t. 2.

67) Doch iſt ſchon die Gloſſe zu c. 21. C. h. t. für die Ausſchließung der uterini. Vg. Höpfner Comment. üb. die Heinec. Inſtit. S. 367. Oben S. 151. No. 204.

der Inteſtaterben zum Theil verändert hat, indem die Notherben, bevor ſie auf die Inteſtaterbfolge Anſprüche haben, nicht auftreten können gegen das Teſtament. So z. B. kam ehmals der Enkel in der Gewalt mit ſeinem emancipirten Vater zugleich zur Succeſſion in den Nachlaß des Groſsvaters. Jetzt aber ſteht er jenem nach, und kann daher, ſo lange derſelbe nicht austritt, ſein Notherbenrecht nicht gelten machen.

Die merkwürdigſten Verhältniſſe zeigen ſich wieder in Rückſicht auf die Geſchwiſter, deren Recht äußerſt kümmerlich von der Geſetzgebung bedacht ward, woraus eine Menge von Zweifeln und Streitfragen herrühren. Wenn Halbgeſchwiſter nun vom Vater her und Vollgeſchwiſter zugleich vorhanden ſind, ſo können jene die Querela nicht anſtellen, weil ſie in der Inteſtaterbfolge [368]) von dieſen ausgeſchloſſen werden, obgleich ſie früher das nämliche Recht hatten. Noch mehr. Sind gar keine vollbürtige Geſchwiſter vorhanden, ſondern nur Kinder von ſolchen, die folglich nicht einmal Notherbenrecht haben, ſo ſchließen ſogar dieſe die Halbgeſchwiſter vom Vater her ſammt ihrer Querela inofficioſi aus, wenigſtens nach dem Reichsabſchied vom Jahr 1529.

---

368) Nov. 118. c. 3.

Am ſchwierigſten iſt wohl die Entſcheidung, wenn Ascendenten und Geſchwiſter mit einander concurriren. Sind jene unrechtmäßig ausgeſchloſſen, ſo fällt die Erbeinſetzung zuſammen, und die Geſchwiſter ſuccediren ebenfalls als Inteſtaterben. An eine theilweiſe Statt findende Richtigkeit [69]) iſt nicht zu denken, nach allem Obigen, was über das Weſen der Novelle geſagt wurde. Wie aber wenn die Vorfahren gehörig bedacht ſind? Können dann die Geſchwiſter die Querela anſtellen? Daß dieß nur möglich iſt, wenn ſchändliche Perſonen ihnen vorgezogen wurden, und nur gegen dieſe, verſteht ſich. Bei ihnen kann allerdings die Klage nur einen Theil des Teſtaments umſtürzen, ſo daß z. B. die Erbeinſetzung der Ascendenten ſtehn bleibt: denn bei ihnen wirkt das alte Recht fort. Aber iſt dieß überhaupt möglich, ſo lange die Ascendenten da ſind, und das Teſtament von ihrer Seite gültig iſt? Dieß iſt ein Punkt, wobei man unmöglich zu völliger Sicherheit gelangen kann, und worüber ſich viel hin und her reden läßt. Bis daher von der entgegen geſetzten Seite beſſere Gründe vorgebracht werden, bleibe ich der herrſchenden Meinung treu, welche die Geſchwiſter nur dann zur Klage zu-

369) Schrader behauptet eine ſolche Diss. laud. §. 73.

läßt, wenn die Ascendenten ausgefallen ſind [370]. Jene wurden nämlich offenbar im alten Recht immer zurück geſetzt, noch mehr aber durch die Novelle 115, welche die Eltern den Kindern faſt ganz gleichſtellte, und das Notherbenrecht der Geſchwiſter nur in ſeiner alten beſchränkten Geſtalt, nach welcher es gegen ordentliche Leute gar nicht ausgeübt werden kann, beibehielt.

§. 28.

Noch ſind zum Schluſſe einige intereſſante Fragen zu berückſichtigen, die freilich nicht unmittelbar aus den Quellen entſchieden werden können.

1) Koch [71]) erzählt folgenden Fall: Es hatte jemand ſeine Mutter übergangen im Teſtamente. Die Mutter ſtarb aber vor des Erblaſſers Tode. Nun wollten die Inteſtaterben ihr Recht als ſolche geltend machen, indem das liebloſe Teſtament nichtig ſei. Sie wurden aber in allen drei Inſtanzen zurück gewieſen. Daraus folgert er, daß das Inofficioſitätsſyſtem den Spruch der Richter gelenkt habe. Allein mit Unrecht.

370) Vg. Glück Commentar. Th. VII. S. 11. Das Gegentheil vertheidigt Schrader a. a. O. Beide führen die hieher gehörige Literatur an.

71) Bon. Poss. S. 136.

Jenes hätte allerdings ſo entſcheiden müſſen: aber das Urtheil ſteht auch mit dem Nullitätsſyſtem gar nicht in Widerſpruch. Man braucht nur ſich die contra tabulas bonorum possessio zu vergegenwärtigen, welche ein ſolches Teſtament ebenfalls aufrecht erhielt, um dieß klar einzuſehn. Das Princip der Billigkeit vom prätoriſchen Recht geſchützt, ging offenbar dahin, das Teſtament, dem nur das Daſein des Notherben den Untergang drohte, beim Ausfallen deſſelben noch vor dem Tode des Erblaſſers, bei Kräften zu erhalten: und es erhielt ſich durch alle Zeiten hindurch bis auf Juſtinian. Wie ſollte es da auf einmal, ſtatt Anerkennung zu finden, ſtillſchweigend abgeſchafft worden ſein?

2) Sind übermäßige Legate vorhanden, welche die Erbſchaft faſt ganz erſchöpfen, was iſt dann zu thun? Sollen ſie alle bezahlt werden, oder nur zum Theil? Und in wie weit ſind die Inteſtaterben verpflichtet ſie zu leiſten? Daß vor allem die lex Falcidia in ihrer Ausdehnung den letztern zu Hülfe komnt, ſcheint an ſich klar. Ich glaube aber, daß auch der Pflichttheil den Notherben vollſtändig rein erhalten werden muß. In ſo weit werden alſo die Legate geſchmälert; zumal dieß ebenfalls eintreffen würde nach dem Obigen, wenn die Notherben auf einen zu geringen Theil eingeſetzt wären.

Digitized by Google

3) Ein Vater enterbte ſeinen Sohn, legirte ihm aber z. B. ein Haus. Der Sohn nahm das Legat an, kann er jetzt noch als Inteſtaterbe auftreten? Nach dem alten Recht kann er dieß keineswegs, denn er erkannte den Willen des Erblaſſers zu ſeinem Vortheil an, den er doch bekämpfen und umſtürzen will. Das Syſtem, welches das alte Recht ſo viel möglich zu ſchützen ſucht, wird ihm daher die Querel und die Antretung verweigern [372]. Wie ſteht es aber nach unſerm Syſtem? Hier läßt ſich eher zweifeln. Das Teſtament iſt auf jeden Fall fehlerhaft, und Inteſtaterbfolge tritt ein. In dieſer wird auch der enterbte Sohn gerufen. Hier ſehe ich drei mögliche Anſichten: a) Der Sohn wird per exceptionem zurück gewieſen, weil er den Willen des Erblaſſers anerkannt hat. Dafür läßt ſich die Analogie der prätoriſchen Erbfolge gegen das Teſtament anführen, und eben ſo die der alten Querela inofficioſi. b) Der Sohn wird allerdings Inteſtaterbe, verliert aber das Legat, ſo weit es nach dem vorigen nicht zur Erfüllung ſeines Pflichttheils nöthig iſt. c) Er wird Inteſtaterbe und behält das Legat. Man könnte zur Vertheidigung dieſer Anſicht ſich auf die Novelle ſelbſt berufen, welche die Gültigkeit der Legate ausſpreche. Allein Juſtinian

372) Vgl. Glück Comment. VII. S. 480.

hatte wohl nur die Legate im Auge, welche andern Perſonen, außer dem Enterbten, vermacht waren; denn jenen ſchützte er hinlänglich durch den Eintritt der Inteſtaterbfolge. Ueberdieß wäre es doch äußerſt unbillig, wenn der enterbte Sohn, einen ſo bedeutenden Vorzug vor ſeinen eingeſetzten Geſchwiſtern, denen vielleicht, eben weil ſie eingeſetzt wurden, nichts weiter vermacht ward, voraus hätte. Ich möchte mich daher am liebſten für eine der beiden erſten Meinungen erklären. Welche von ihnen aber die richtige ſei, wage ich nicht zu entſcheiden.

4) Damit in Beziehung ſteht folgender Fall: ein Vater ſetzt von drei Kindern, A und B zu alleinigen Erben ein. Dem dritten Sohn C legirt er blos den Pflichttheil. Ob er ihn zugleich enterbt oder blos ſtillſchweigend ausgeſchloſſen hat, iſt unſerer Anſicht gleichgültig.

Nach der entgegen geſetzten Meinung aber wird C in jenem Fall die Querela inofficioſi anſtellen, und nachdem er dieſe durchgefochten, ab intestato ſuccediren. Dann iſt das Legat aber als ſolches nichtig. Er darf ſich nicht auf den Willen des Erblaſſers berufen, wenn er dieſen ſeinem Hauptinhalte nach umſtürzt. Iſt er aber hintergangen, ſo erhält er als Emancipatus die contra tabulas bonorum possessio. Das Legat kann er ebenfalls nicht begehren.

Digitized by Google

War er suus, ſo fällt unmittelbar das ganze Teſtament mit allen ſeinen Verfügungen zuſammen, alſo auch jenes Legat, und C ſuccedirt ab intestato.

Von unſerm Geſichtspunkte aus wird in allen dieſen Fällen die Erbeinſetzung nichtig, die Legate aber bleiben ſtehen. Ob aber das Legat des Enterbten Kraft behält, läßt ſich dennoch beſtreiten. Nicht blos hätte dieſer unverdienter Weiſe vor ſeinen Geſchwiſtern einen unbilligen Vorzug. Sondern die Analogie des alten Rechts, namentlich der contra tabulas bon. possessio kann mit Recht dagegen angeführt werden. Jene nämlich ließ die Legate, welche an Kinder und Eltern vermacht waren, ebenfalls beſtehn, und zerſtörte dennoch die Legate des Präterirten, der ſich der prätoriſchen Erbfolge gegen das Teſtament bediente, welche ihrem Inhalte nach weſentlich mit der Inteſtatſucceſſion verwandt iſt. Auch er ſollte nicht zugleich die Vortheile des letzten Willens des Erblaſſers genießen, und die Vortheile, welche die Zerſtörung dieſes Willens darbot[373]). Ich habe

373) Die Gloſſe zu c. 4. C. de lib. praet., ad v. totius substantiae läßt die Sache unentſchieden. Hugolinus und Dynus behaupten, ein ſolches Legat ſei gültig. Martinus Sil. dagegen gibt dieß zwar nach ſtrengem Rechte zu, läßt es aber ungültig werden aus Grundſätzen der Billigkeit. Die Anſicht, daß es auf jeden Fall nicht aufrecht erhalten werden dürfe,

mich ſchon mehrfach auf ähnliche Entſcheidungen des alten Rechts berufen. Ungeachtet nämlich dieſes durch die Novelle aufgehoben ward, bleibt es doch immer als hiſtoriſche Grundlage derſelben, und als reiche Fundgrube mannichfacher Beſtimmungen über ähnliche Verhältniſſe und juriſtiſcher Ausbildung im Einzelnen ſehr wichtig, und verdient die größte Aufmerkſamkeit, beſonders wenn man bedenkt, wie kurz und oft nur im Allgemeinen andeutend die Novelle verfaßt iſt.

5) Endlich iſt von alter Zeit her ſehr beſtritten, ob die *substitutio pupillaris* erhalten, oder mit der Erbeinſetzung zerſtört werde[374]. Die erſtere Meinung gewann indeß mit Recht die Oberhand. Denn dieſe Subſtitution iſt ganz unabhängig von dem im Haupttestament verletzten Notherbenrecht, und darf in dieſer Beziehung von der Nichtigkeit der Einſetzung nicht mit ergriffen werden. Man kann ſolches auch um ſo eher gelten laſſen, als ſchon die c. t. b. possessio die substitutio pupillaris beſtehn ließ.

---

vertheidigt beſonders Cynus sup. Cod. ad auth. ex causa.

374) Gl. »Institutione« ad L. 1. de vulg et pup. *Baldus* in Cod. Lugd. 1551. p. 846. läugnet ihre Gültigkeit. Glück Pand. a. a. O. S. 452. Vg. auch Zimmern Römiſchrechtl. Unterſ. Bd. I. S. 83 — 88.

Fünftes Buch.

Dogmengeſchichte.

---

§. 29.

In dieſem Buche geht, wie ſchon in der Einleitung angedeutet wurde, unſere Abſicht dahin, die verſchiednen Anſichten, welche über das Recht der Novelle 115 und ihr Verhältniß zum alten Recht ſeit der Bekanntmachung derſelben bis auf unſere Zeiten hinunter ſich zeigten, darzuſtellen und zu prüfen. In mancher Hinſicht können wir ganz kurz ſein, da das vierte Buch die Hauptpunkte ſchon erörtert hat.

Auf zwei Fragen haben wir hier beſonders unſer Augenmerk zu richten. 1) Wie wird das nach der Novelle liebloſe Teſtament ungültig? wobei vorzüglich die drei oben genannten Anſichten, das Inofficioſitäts-, Nullitäts- und gemiſchte Syſtem zur Sprache kommen werden. Damit hängt zuſammen, aber doch bei weitem nicht ſo genau, als man oft

annimmt, die zweite wichtigere Frage: 2) Inwiefern wirkte die Novelle auf das alte Recht? Die eine Hauptanſicht geht dahin, die Novelle habe das ganze alte Recht in ſich aufgenommen, und in ein neues Ganzes umgeſtaltet. Die andere bezieht die Novelle nur auf das alte testamentum inofficiosum, und läßt das civile und prätoriſche Präteritionsrecht daneben fortdauern. Ich befinde mich hier in einiger Verlegenheit, indem ich mich nach einer paſſenden Benennung umſehe. Doch läßt ſich die erſte Meinung wohl ſchicklich durch das Ausſchließungsſyſtem bezeichnen, da nach ihm die Novelle jede Enterbung der Uebergehung gleichgeſtellt, und beide umfaßt hat. Das zweite heißt dann im Gegenſatz: Enterbungsſyſtem, indem es die alte Uebergehung nicht hieher zieht, ſondern die Novelle blos auf die Enterbung, und was dieſer ſchon früher gleich ſtand, die Uebergehung der Eltern, beſchränkt.

In dieſem §. haben wir es weniger mit verſchiedenen Theorien gelehrter Juriſten zu thun, als vielmehr mit den Anſichten der Zeit vor den Gloſſatoren, welche daher zum Theil noch als Beweiſe für die eine oder andere Meinung gebraucht werden können, da ſie das Recht, wie es ſeit Juſtinian praktiſch war, darſtellen, und ſo den wahren Willen des Geſetzgebers am deutlichſten zeigen.

An der Spitze dieſer Zeugen ſteht **Julian**: da ſein Auszug der Novellen, den er nach **Biener** ums Jahr 556 bei Juſtinians Lebzeiten verfaßte, faſt eben ſo ſehr zu unſern Rechtsquellen als zu bloßen Bearbeitungen derſelben gehört. In Rückſicht auf die zweite Frage läßt ſich aus Julian nichts neues ſchließen, da er blos die Beſtimmungen der Novelle mit ähnlichen Worten wiederholt. Auch er macht keinen Unterſchied zwiſchen Präteritio und Exheredatio. Dagegen was das Rechtsmittel betrifft, welches gegen ein pflichtwidriges Teſtament gegeben wird, ſo berufen ſich die Anhänger des **Inofficioſitätsſyſtems** ſehr auf ihn. Er bedient ſich wirklich auch mehrer Ausdrücke, welche darauf hindeuten, daß das Teſtament erſt noch umgeſtürzt werden müſſe. Wäre daher nicht das **ächte griechiſche Geſetz**, nebſt der **Verſio vulgaris**, der ebenfalls eine beſondere griechiſche Sammlung der ächten Novellen zu Grunde lag, uns erhalten, deren Uebereinſtimmung weit mehr gilt als Julians Auszug, ſo hätte ich vielleicht eher mich zu jenem Syſteme bekannt. Doch hören wir Julian ſelbſt ſprechen:

Sive igitur omnes praedictas causas sive unam ex his parentes in suo scripserint testamento, et filios suos exheredaverint: *si quidem* scripti heredes *probaverint* causam ingratitudinis veram esse, *valeat*

testamentum. Sin autem *probare* non potuerint, institutiones eorum *infirmentur*, et parentum hereditatem filii *ab intestato pervenientes* ex aequis portionibus capiant. Legata autem — — valeant, ut sola institutio heredum *tollatur*[375].

Enimvero si haec non ſuerint observata, testamentum quidem *refutetur*: jura autem *ab intestato successionis* locum habeant. — Si qui autem heredes scripti ſuerint: — — testamentum autem non *rescindatur*[76].

Dennoch iſt der Schluß aus dieſen Worten auf die Querela inofficioſi ſehr unſicher. Denn dem äußern Anſehn nach hat eine hereditatis petitio ab intestato, wenn ſie ein pflichtwidriges Teſtament voraus ſetzt, immer ſehr viel Aehnliches mit einer Klage, welche dieſes erſt noch umwirft. Und es gehört ſchon ein ziemlich gebildeter juriſtiſcher Sinn dazu, das Teſtament ſich immer rein als nichtig zu denken, wenn man doch die mit allen äußern Zeichen eines letzten Willens verſehne Urkunde vor ſich liegen ſieht, zumal wenn ſich auf der andern Seite die Möglichkeit zeigt, daß es auch ganz wirkſam ſein könne, und es ſo zwiſchen völliger Richtigkeit und völliger

375) Juliani Epit. ed. Pithoei Basil. 1576. Nov. 107. S. 133.
76) Ebend. S. 134.

Gültigkeit ſchwebt. Da ſcheint es denn oft, als werde das Teſtament erſt vernichtet durch das Urtheil des Richters, weil von dieſem die Richtigkeit erſt unwiderruflich ausgeſprochen wird. Man darf daher in einer ſo geſunknen Zeit, wie die Juſtinians iſt, nicht erwarten, daß ſolche Unterſchiede immer ganz genau gedacht, noch viel weniger aber, daß ſie ſcharf und beſtimmt ausgedrückt werden. Deßhalb wird es immer gewagt ſein, aus einzelnen ſolchen Ausdrücken, die mit der ungenauen Sprache des gemeinen Lebens nur zu ſehr überein ſtimmen, viel zu folgern. Ja ich kenne ſogar keinen einzigen juriſtiſchen Schriftſteller, der ſich über dieſen Gegenſtand ausführlicher erklärt, und nicht zuweilen Wörter wie infirmare, cassare, umſtürzen und dgl. miteingeflochten hat, die genau genommen mit dem Nullitätsſyſtem, welches kein nichtig Werden ſondern Sein voraus ſetzt, nicht aufs beſte harmoniren.

Bevor wir mit Julian nach Italien übergehn, und die Geſchichte des Rechts unſrer Novelle im Occident verfolgen, wollen wir noch einige Augenblicke im Orient verweilen, um dann deſto ungeſtörter unſer Augenmerk ganz auf jenen richten zu können.

Die Baſiliken geben uns ſchon beſtimmtern Aufſchluß, wie die Novelle von den Juriſten des Griechiſchen Kaiſerthums aufgefaßt wurde, als Julian.

Zwar iſt faſt das ganze alte Recht der Präteritio in ſie aufgenommen worden, obgleich ſie doch mehr als 300 Jahre jünger ſind als Juſtinian: woraus man ſchließen könnte, es ſei noch praktiſch geweſen, und zeuge gegen unſre Anſicht von der Umgeſtaltung des Rechts durch die Novelle. Allein die Baſiliken überſetzen die ſämmtlichen Juſtinianiſchen Rechtsquellen, ohne beſonders darauf zu ſehn, ob ſie nicht antiquirt ſeien. Manches in jenen Stellen hatte auch nach der Novelle noch bedeutendes Intereſſe. Je weniger dieſe mit einer kunſtvollen juriſtiſchen Theorie verſehn war, deſto mehr mußte ſie immer noch die Analogie des alten Rechts zu Hülfe ziehn. Eine paſſende Parallele liefert die Novelle 118. Kein Menſch wird zweifeln, daß dieſe die ganze Inteſtaterbfolge umgeſchaffen und neu beſtimmt habe. Dennoch iſt an vielen Orten veraltetes Inteſtaterbrecht in die Baſiliken aufgenommen, und nur die Scholien bezeichnen es als abgeſchafft.

Wichtiger iſt aber ſchon die Stellung, welche unſre Novelle hier einnimmt, nämlich am Schluſſe des ſehr verkürzten Titels *de liberis et postumis*, Lib. XXXV. t. 8. Sie ward alſo nicht blos auf die vom Vater enterbten Kinder, ſondern auch auf die übergangnen, mithin überhaupt auf die ausgeſchloßnen bezogen. Sonſt müßte ſie wenigſtens in den Titel

de querela testamenti L. XXXIX. t. 1., worin die alte Lehre vom testamentum inofficiosum aufgenommen iſt, geſtellt worden ſein.

Die Griechiſchen Scholiaſten entſcheiden die Sache auf's beſtimmteſte. Da ſie eine weſentliche Ergänzung der Baſiliken ſind, beſonders in praktiſcher Hinſicht, und ungefähr gleichzeitig mit den Verfaſſern jener lebten, ſo können wir ihre Meinung, beſonders wenn ſie alle überein ſtimmen, als entſchieden praktiſche Anſicht der Zeit und der Geſetzgeber anſehn. Alle aber beziehn die Novelle auf das geſammte alte Recht, auf alle Kinder überhaupt, mögen ſie in der Gewalt geweſen ſein oder nicht, wären ſie enterbt oder übergangen. Sie befolgen demnach ſämmtlich das Ausſchließungsſyſtem[377]. So z. B. bemerkt ein Scholiaſt zum Titel: de bonorum poss. contra tab. L. XLI. t. 3. von vorne herein folgendes:

Hic titulus secundum *jus, quod obtinet*, superfluus est. Cum enim novella constitutio post codicem edita certas causas enumeret, extra quas, si

377) Vg. Schol. bei Fabrot. Th. IV. S. 792. — Schol. g. ebend. Th. V. S. 225. Schol. c. ebend. S. 277. Schol. g. ebend. S. 278. Schol. i. S. 281.

Digitized by Google

quis filium suum exheredaverit aut praeterierit, infirmatur (*ἀκυροῦται*) institutio, legata autem omnia praestantur; hic titulus locum non habet, nec sequens (sc. de conjung. cum emanc.). Lege ipsos propter paratitla, quae ibi habentur [378]).

Die Klage, womit der Wille der Novelle exſequirt wird, heißt hier allerdings *querela inofficiosi* (*μέμψις διαθήκης*): aber ein Scholiaſt erklärt weitläufig, man dürfe ſie ja nicht für eine beſondere Klage halten, ſondern ſie eine ganz gewöhnliche *hereditatis petitio ab intestato* nur ex causa inofficiosi testamenti, weil ein pflichtwidriges und als ſolches ungültiges Teſtament vorliege. Sie ſei von dieſer nicht mehr verſchieden, als die hereditatis petitio, mit welcher Kinder ex Senatusconsulto Orphitiano die Erbſchaft der Mutter fordern [79]). Ferner ſagt ein anderes Scholion [80]), die Novelle beziehe ſich gleichmäßig auf filii sui exheredati, praeteriti und postumi. Nur der Unterſchied ſei zwiſchen den lebenden und nachgebornen Kindern geblieben, daß ein Teſtament, worin jene nach der Novelle nicht gehörig bedacht

---

378) Schol. a. ebend. S. 311.

79) a. a. O. S. 222.

80) Schol. c. ebend. S. 277.

Digitized by Google

ſeien, ein früheres nicht rumpire, wohl aber das, worin das Afterkind übergangen ſei. Daraus ſcheint hervorzugehn, daß auch das Nullitätsſyſtem im Orient praktiſch war, und ſogar ein ſtrengeres, als das unſrige iſt.

Die Ekloga vom Jahr 876 [381]), die ich indeß nicht aus eigner Anſchauung kenne, läßt ungeachtet der Agnation eines Poſtumus, Freiheiten und Legate beſtehn, was wieder mit unſerer Anſicht wohl überein ſtimmt [82]).

Da das Prochiron, welches Witte ungefähr ins Jahr 900 ſetzt [82 a]), in das Rechtsbuch des Harmenopul wörtlich aufgenommen iſt, ſo können wir beide auf einmal abhandeln, ungeachtet das letztere bedeutend neuer iſt, und in die erſte Hälfte des 14ten Jahrhunderts gehört.

In beiden findet ſich die Novelle 115, ſoweit ſie hieher gehört, vollſtändig wieder [83]), und iſt als Hauptquelle für das geſammte Notherbenrecht betrachtet. Denn das alte Recht, inſofern es

---

381) Siehe K. Witte: Ueber einige byzant. Rechtscomp. im Rhein. Muſeum. Bd. III. S. 74.

82) Witte a. a. O. S. 50.

82 a) a. a. O. S. 75. Vg. Rhein. Muſ. Bd. II. S. 283. folg.

83) Harm. V. t. 9. §. 31—33. Ecl. XXXIII. 1—23. Vg. Muſ. a. a. O. S. 63.

nicht genau mit ihr zuſammen hängt, iſt nur äußerſt karg bedacht, und kaum mit wenig Worten berührt. Die verſchiednen Verhältniſſe, welche aus der formellen Mannigfaltigkeit der Ausſchließung, und den beſondern ebenfalls formellen Eigenſchaften der Perſonen entſpringen, ſind durchaus nicht aus einander gehalten, ſondern zeigen ſich nur noch wie dunkle Erinnerungen in einigen ſeltnen Ueberbleibſeln, die räthſelhaft genug auf längſt untergegangne andere Rechte deuten. So wird die contra tabulas bon. possessio zwar erwähnt, doch nur zweimal, ebenſo die bon. possessio überhaupt; aber Harmenopul weiß nicht mehr, was ſie eigentlich geweſen war [384].

Durch Präterition der Kinder werden die Teſtamente blos *ἀτελεῖς* (imperfecta), nicht aber *ῥηγνυμέναι* (rupta) noch *ἀκυρουμέναι* (irrita). Nur die Erbeinſetzung fällt weg, und die Inteſtaterben treten ſtatt der geſchriebnen an [85]. Dagegen rumpirt die Geburt eines Afterkindes das Teſtament ganz in allen ſeinen Theilen [86].

---

384) Harm. V. 6. §. 6. V. 8. §. 27. — V. 6. §. 7. I. 3. §. 31.

85) Harm. V. 5. §. 1. 4. 5. 11.

86) Harm. V. 5. §. 1. 7—9. V. 7. §. 6. Nur die erſte von dieſen Stellen ſteht in der Ecloga.

Den enterbten Kindern, Eltern, Geſchwiſtern geſteht er allerdings die Querela inofficioſi zu, obgleich er von ihrem Effekt nichts ſpricht [387]. Deſto ſchwieriger iſt es zu beſtimmen, was er eigentlich darunter denkt. Denn daß der bloße Name nicht entſcheide, haben wir ſchon bei den Baſiliken geſehn.

Ueberhaupt frägt ſich hier immer, ob dieſe letztern Beſtimmungen nicht bloße Ueberreſte des alten Rechts ſind, die ſich dem Verfaſſer ſelbſt halb unbewußt, in ſein Buch eingeſchlichen, und neben dem neuen Recht erhalten haben. Das darf gar nicht befremden, da ſich manches Aehnliche bei ihm zeigt. So führt er z. B. Wirkungen der capitis deminutio minima an, an deren praktiſche Gültigkeit ſchon lange nicht mehr zu denken war [88]. So erwähnt er ſogar des jus adcrescendi, welches den übergangnen Töchtern und Enkeln nach dem alten Civilrecht einſt zugeſtanden, ungeachtet ſelbſt in den Juſtinianiſchen Rechtsbüchern faſt jede Spur davon vertilgt iſt [89]. So gibt er endlich dem Sohne die Querela inofficioſi ſelbſt dann, wenn er als Erbe eingeſetzt wurde, und

387) Harm. V. 6. §. 1. V. 9. §. 20.

88) Harm. V. 5. §. 3.

89) Harm. V. 5. §. 2. Ecl. XXV.

Digitized by Google

nur nicht den vollen Pflichttheil erhalten hatte, was doch im offenbarſten Widerſpruch ſteht mit der Novelle 115, die ſogleich darauf folgt [390]).

Bei den Enterbungsgründen der Kinder findet ſich hier ebenfalls ein neuer zwiſchen dem 7ten und 8ten eingeſchaltet, der ſo lautet:

Si illis in diutina infirmitate jacentibus (parentibus) aut in egestate et impotentia constitutis, filii nullam eorum curam gesserint, atque a parentibus vocati eos providentia sua dignari noluerint [91]).

Im Orient haben wir alſo das Ausſchließungsſyſtem überall als praktiſch herrſchend gefunden, was gewiß kein unbedeutendes Argument für unſre Anſicht iſt; daſſelbe werden wir auch im Occident finden.

Wie die uralte Turinergloſſe, die Savigny vor das Jahr 640 ſetzt [92]), die Sache anſah, läßt ſich nicht mehr ausmitteln, da ſie nur die Inſtitutionen, wie ſie ſind, erklärt, und ſich nicht genauer auf Veränderungen des Rechts einläßt. Doch iſt es

---

390) Harm. V. 9. §. 20. Vg. §. 32. Darüber tadelt ihn Soarezius mit Recht bei Reiz im Supplementband zum Meermannſchen Theſaurus. S. 310.

91) Harm. bei Reiz a. a. O. S. 311.

92) Geſch. des Röm. Rechts im Mittelalter B. IV. S. 486.

gewiß, daß ſie ſowohl die Novelle 115 als die Novelle 18 kannte [393]).

Die älteſte juriſtiſche Schrift, von der ich etwas Beſtimmteres anzuführen weiß, ſind die *exceptiones* des Petrus, aus dem 11ten Jahrhundert. Auch er, der die Novelle aus Julian kennen lernte, faßte ſie richtig ſo auf, daß daſſelbe Recht von allen übergangnen und enterbten Kindern gelte. Ob er aber die Querela inofficioſi für nothwendig halte, um die Kraft des liebloſen Teſtamentes erſt noch zu brechen, laſſe ich dahin geſtellt Indeß will ich nicht verhehlen, daß es allerdings einigen Anſchein hat, als habe er eine umſtürzende Klage für nothwendig erachtet [94]).

Der nicht viel jüngere Verfaſſer des ſogenannten Brachylogus nennt das Rechtsmittel, wodurch er

---

393) Glossa: mater ad §. 7. J. de exher. liber. bei Savigny a. a. O. B. III. S. 688. und ad §. 7. J. de inoff. test. ebend. S. 691.

94) Petri exceptiones abgedruckt bei Savigny a. a. O. Bd. III. Anhang. Bg. L. I. c. 15. c. 17 und 18. »Si pater vel mater, ſo fängt das 17te Cap. an: sine justa causa *filium exheredaverit vel praeterierit*, et alium instituerit — — *legitimus* heres id est filius ejus potest *rumpere* testamentum, et *recuperare* omnia bona patris vel matris.«

das Teſtament ungültig macht, rumpirt, wie er ſich ausdrückt, ausdrücklich Querela inofficioſi [395]). Wie oben Harmenopul, ſo gibt auch er ſie indeß dem ausgeſchloßnen Sohne nicht, ſobald er irgend etwas aus dem Nachlaß des Vaters erlangt hat, ſondern blos eine Klage auf Ergänzung des Pflichttheils. In dem nämlichen Irrthum befindet ſich auch Petrus [96]). Den Pflichttheil nennen beide Falcidia, obgleich ſie recht gut wiſſen, daß nicht mehr ein Viertheil ſondern ein Drittheil oder die Hälfte gemeint iſt. Es ſcheint mir indeß die größte Wahrſcheinlichkeit zu haben, daß der Verfaſſer des Brachylogus ſeine Querela inofficioſi auch allen übergangnen Kindern eben ſo wohl geſtatte, als den enterbten. Auf jeden Fall bezieht er den Inhalt der Novelle auf beide [97]). Das alte Recht der Kinder in der Gewalt ſowohl als der Emancipirten erwähnt er gar nicht, und gibt ſtatt

---

395) Brachyl. L. II. c. 23. §. 3. bei Senkenberg S. 91. — c. 32. §. 1. 2. S. 106. 107.

96) Brachyl. II. c. 32. §. 3. S. 107. c. 23. §. 3. S. 91. Petri exc. I. c. 17. Vg. Nov. 115 c. 3. pr.

97) Brachyl. II. 32. §. 2. »Inofficiosi querela est allegatio, qua liberi vel parentes ostendunt, se *injuste praeteritos vel exheredatos.*« Darauf weiſt auch die Ueberſchrift dieſes Titels hin: De rupto, irrito et inofficioso testamento.

deſſen blos einen kurzen Auszug der Novelle, und was ſich zunächſt daran anſchließt. Die contra tabulas bonorum possessio führt er freilich an, aber in der allgemeinen Eintheilung der bonorum possessiones. Er ſchließt mit den merkwürdigen Worten: »De bonorum autem possessione plura dicere necessarium non duximus: eo quod jure civili, ex constitutionibus principum omnes cognati succedere possunt [398])« — die ſich zunächſt zwar auf die bon. poss. ab intestato beziehn, wie die Endworte zeigen, aber ihrem Hauptſinne nach auch zu der contra tab. b. poss. gehören; denn auch von ihr ſagt er nichts mehr.

Es ſcheint endlich nicht unpaſſend, zu bemerken, wie die Geſetze der Longobarden die Beſtimmungen der Novelle im Weſentlichen in ſich aufgenommen haben. Sie verbieten ebenfalls ganz allgemein jede Enterbung der Kinder und Eltern ohne eine beſtimmte wichtige Urſache. Alles was gegen dieß Verbot geſchieht, iſt ungültig, wie ſich am deutlichſten aus den beigefügten Formeln ergiebt, grade ſo ungültig, wie wenn bei einem ſtrengen Rechtsgeſchäft die weſentliche und nothwendige Form vernachläſſigt iſt [99]).

398) Brachyl. II. 34. S. 114.

99) Leges Longob. L. II. t. 14. L. 12 und 13. Edict Rotharis 168—171. Vg. form. ad 172 und 174.

§. 30.

Wenden wir uns zu den Gloſſatoren, ſo finden wir hier nicht mehr, wie bisher, ſich ſelber halb unbewußte Aeußerungen der Praxis, ſondern vielmehr Reſultate gelehrter Männer, die das ganze Syſtem vollkommen überſahen. Leider fehlte ihnen die hiſtoriſche Anſchauung des werdenden Rechts. Ohne dieſen Mangel wäre wohl damals ſchon unſre Sache für immer entſchieden worden.

1. Zunächſt kommt uns der alte ehrwürdige Irner mit ſeiner Anſicht entgegen. Von ihm wurden nämlich die beiden ſo berühmten Authentiken, bei deren Erklärung ſpäter ſehr viele Gelehrte ihre verſchiednen Meinungen über den ganzen Streit aus einander ſetzten, in den Codex geſetzt. Es ſind folgende:

Non licet parenti aliquem ex liberis exheredare vel praeterire, nisi is probatur ingratus, et ingratitudinis causas nominatim inserat testamento. Causae vero ingratitudinis nova constitutione expressae sunt quatuordecim.

Ex causa exheredationis, vel praeteritionis irritum est testamentum, quantum ad institutiones: cetera namque firma permanent.

Beachten wir ganz unbefangen den Ort, wo

Irner dieſe Authentiken eingeſchaltet, nämlich den Titel des Coder: De liberis praeteritis, nicht etwa, wie man eher erwartete, de inofficioso testamento, und zwar unmittelbar nach dem wichtigen Geſetz Juſtinians, welches den Unterſchied zwiſchen Söhnen und Töchtern ſowohl lebenden als nachgebornen in Rückſicht auf die Uebergehung aufhob; ſo läßt ſich nicht daran zweifeln, daß er die Novelle auf das ganze alte Recht bezogen, und ſo das Ausſchließungsſyſtem befolgt habe. An eine Beſchränkung auf die Fälle des alten pflichtwidrigen Teſtamentes kann unmöglich gedacht werden, da in jenem ganzen Titel alle dieſe gar nicht vorkommen, wollte man es auch überſehn, daß die Ausdrücke ganz allgemein ſind, und ſowohl Enterbung als Uebergehung überhaupt ohne Unterſchied befaſſen.

Es iſt ſehr möglich, daß die in Italien herrſchende Praxis auf die Anſicht des Irner Einfluß gehabt hat; doch darf man ſich dieſen Einfluß auch nicht zu groß denken; dafür bürgt ſchon der reiche ſelbſtthätige Geiſt dieſes Mannes. Gewiſſer iſt es auf der andern Seite, daß ſeine beiden Authentiken auf die nachherige Praxis entſchieden einwirkten, die vielleicht ohne ſie falſchen Theorien erlegen wäre. Daß dieſe mit den Authentiken in allen Fällen nur die Erbeinſetzung untergehn laſſe, die übrigen Verfügungen aber,

Legate u. ſ. w. aufrecht erhalte, daß ſie alſo dem Ausſchließungsſyſteme huldige, iſt ſelbſt von den Gegnern deſſelben allgemein durch alle Zeiten hindurch anerkannt worden [400]).

Auch hat es große Wahrſcheinlichkeit, daß Irner das Nullitätsſyſtem angenommen habe. Denn bei ihm können wir ſchon auf genauere Wahl der Wörter rechnen: und irritum est testamentum heißt offenbar, das Teſtament iſt ungültig, nichtig, nicht aber: es wird nichtig. Dafür ſpricht ebenfalls der Titel des Codex, welcher von wirklicher Unwirkſamkeit der Teſtamente von Anfang an handelt, und an die Querela inofficioſi gar nicht erinnert.

Mit dem Geſagten ſtimmt auch der Inhalt zweier nur wenig bekannten Authentiken zu den Inſtitutionen [1]) überein, mögen ſie nun von Irner ſelbſt oder Martinus herrühren:

Auth. J. de exhered. lib. »Non liceat parentibus, si quem ex liberis velint exheredare vel praeterire, nisi si is probetur ingratus a scripto herede, et ingratitudinis causa inseratur nominatim testamento.

400) Vg. z. B. Glück Commentar a. a. O. S. 327.

1) Vg. v. Savigny in Hugos Civil. Magazin B. III No. 14.

Auth. J. de inoff. test. Hodie non licet parenti debitam portionem liberis relinquere nisi jure institutionis, nec praeterire liberos nec exheredare, nisi causas ingratitudinis probandas ab herede nominatim inseruit testamento, quae 14 sunt.

2. Martinus Goſia († vor 1166) läugnet die Fortdauer der Querela inofficioſi, ausgenommen für Geſchwiſter, wenn ſchändliche Perſonen eingeſetzt ſind, und vertheidigt das reine Nullitätsſyſtem. Schon dadurch wird es wahrſcheinlich, daß er die Novelle auch auf das geſammte alte Recht der Ausſchließung bezogen habe: denn der Schluß vom Nullitäts- auf das Ausſchließungsſyſtem iſt zwar nicht völlig ſicher, doch wird man kaum fehl gehn. Umgekehrt aber von dieſem auf jenes zu ſchließen, iſt äußerſt mißlich, und führt oft zum Irrthum. Jenes wird aber noch beſonders beſtätigt durch Azo [402].

3. Sein Gegner Bulgarus († 1166) ſcheint ebenfalls das Recht der Novelle allgemein auf das alte Recht bezogen zu haben, ungeachtet er darin von Martinus abwich, daß er in allen Fällen die Querela

---

402) Gl. Vulg. Nominatim ad c. 3. pr. Nov. 115. Gl. Nullum ad c. 3. §. ult. eod. Gl. Irritum ad auth. Ex causa C. de lib. praet. *Azo* Comment ad sing. leg. Cod. Lugd. 1596. p. 734.

inofficioſi für nothwendig hielt. Er iſt der einzige unter den Gloſſatoren, ſo viel ich weiß, welcher das Inofficioſitätsſyſtem vertheidigte. Seine nächſten und bedeutendſten Schüler, Rogerius und Johannes Baſſianus wichen wieder von ſeiner Anſicht ab, wiewohl nach verſchiednen Richtungen hin [403]).

4. Jacobus de porta Ravennate († 1178) ſoll nach Cynus [4]) Ausſage die Novelle zwar auch auf die alte eigentliche Präterition bezogen haben, doch nur auf die des emancipirten Sohnes, nicht auch auf die des Suus. In Bezug auf dieſen änderte die Novelle nichts. Wie ſtrenge dieſe beſchränkte Anſicht zu verſtehn ſei, kann ich nicht ſagen.

5. Rogerius, der ums Jahr 1162 blühte, folgte der Meinung des Martinus, und dehnte ſie ſogar weiter aus. Er will nämlich die Querela inofficioſi gar nicht mehr gelten laſſen, ſelbſt nicht, wenn Geſchwiſter enterbt ſind. Die Erbeinſetzung eines

403) *Azon.* Comment. ad sing. leg. Cod. Just. Lugd. 1596 ad auth. Ex causa p. 734: »B. (Bulgarus) intellexit irritum, i. irritandum per querelam inoff. test. Dixit ergo, valere ex causa praeteritionis vel exheredationis, sed expugnatur per querelam.«

4) *Cynus de Pistorio* sup. Cod. Venet. 1493 ohne Seitenzahlen. ad Auth. Ex causa.

Digitized by Google

ungerechten Teſtaments ſei immer nichtig. Die Vermächtniſſe werden bei Kräften erhalten [405]).

6. Sein Zeitgenoſſe Wilhelmus de Cabriano tritt zwar ebenfalls dem Ausſchließungsſyſteme bei, behauptet aber, die alten Rechtsmittel ſeien durch die Novelle nur überflüſſig gemacht, nicht aufgehoben worden. So habe der enterbte Sohn die Wahl zwiſchen der Querela inofficioſi und der hereditatis petitio ab intestato, auf ähnliche Weiſe, wie ehmals der übergangne Suus die Wahl hatte, ob er das Teſtament als nicht vorhanden betrachten, oder die bonorum possessio gegen daſſelbe antreten wolle. Wir werden ſpäter Gelegenheit haben, dieſe zur Zeit der Scholaſtiker ſehr verbreitete Anſicht ausführlicher darzulegen und zu prüfen [6]).

---

405) *Rogerius* Summa lib. III. t. 28. de inoff. test. »Nova autem constitutione querela nullum sibi vindicat locum — *ipso jure* circa institutionem nullum est testamentum, cetera perseverant in suo statu. Quod autem a *quibusdam* dicitur, *inter fratres* querelam locum sibi vindicare, cum *parem necessitatem* nova constitutio imponat parentibus et filiis *et interdum fratribus* relinquendi trientem — — et jure institutionis relinquere, alioquin nullum est testamentum constitutione nova X in coll. octava.« Gedruckt in Savigny's Geſchichte des R. R. im Mittelalt. B. IV. S. 435.

6) *Wilh.* Glossa ad tit. C. de inoff. test. bekannt ge=

7. Placentinus († 1192) läßt das alte Recht gänzlich durch die Novelle umgewandelt werden. Die Erbeinſetzung iſt immer nichtig, die Vermächtniſſe gültig. Die Querela inoffſicioſi kann nur noch bei Geſchwiſtern Statt finden [407]).

8. Pillius († nach 1192) hat das Nullitäts- und daher wohl auch das Ausſchließungsſyſtem. Er bemerkt nämlich in einer Gloſſe zu L. 9. C. de inoff. »Sed numquid hoc etiam hodie locum habet? Respondeo utique, ut ea sola testamenta hodie sint *ipso jure irrita*, quae *olim* expugnabantur per querelam [8]).« Den Gegenſatz machen ja nicht etwa die Teſtamente, worin ein Kind übergangen iſt, ſondern nach dem Zuſammenhang die Teſtamente der Soldaten. Dieſe werden, ſagt er, nicht nichtig, ſo wenig als ſie ehmals durch die Querela angegriffen werden konnten.

9. Von Cyprianus († nach 1200) gilt das Nämliche, wie von Pillius [9]).

---

macht durch von Savigny a. a. O. S. 441. »Quaero an haec querela hodie locum habeat? Dico, quod sic, non tamen est necessaria, — sed erit in electione filii, an velit *ipso jure nullum* testamentum, an querèlam intendere et expugnare ad similitudinem filii emancipati« u. ſ. w.

407) *Placent.* Summa Cod. Mogunt. 1536. S. 268.

8) Gedruckt bei von Savigny a. a. O. S. 458.

9) *Cyprian*, Gl. Nullam vim ad Nov. 115. c. 4. §. 8.

10. Joannes Baſſianus (lehrte gegen Ende des 12ten Jahrhunderts in Bologna) wollte die Anſicht ſeines Lehrers Bulgarus mit der gewöhnlichen vereinigen, und war ſehr wahrſcheinlich der Begründer des ſogenannten gemiſchten Syſtems. Die Erbeinſetzung iſt an ſich nichtig, wenn keine Urſache, wird durch die Querela inoff. zerſtört, wenn eine falſche Urſache angeführt iſt. Auch bezog er die Novelle nicht auf die alte Präteritio, ſondern blos auf die Uebergehung, welche der Enterbung ſchon früher gleich ſtand; doch ſcheint er dieß Enterbungsſyſtem nicht ſtreng durchgeführt zu haben [410].

»Si statim nullam vim habet, *ergo statim irritum ipso jure* etc. von Savigny a. a. O. S. 462.

410) *Joannis* Summa Authentic. in Novell. 115 hinter Azon. Summa Codic. Lugd. Batav. 1596. t. II. p. 312. *Azonis* Comment. ad Cod. Lugd. 1596. ad auth. Ex causa p. 734. »Jo. aliter quam superiores (Martinus et Bulgarus) intellexit, et dixit, male posita verba hujus authenticae etc.« Gl. vulg. Irritum ad Auth. ex causa. »Tu dic secundum Jo., quod habet locum (querela), quando est inserta (causa), et non probata.« Sonderbar genug wird in Gl. Vulg. Nullum ad c. 3. §. ult. Nov. 115. dem Joannes nicht das gemiſchte, ſondern das Inofficioſitätsſyſtem zugeſchrieben: »ipso jure secundum M. (Martinum) et A. (Azonem). Sed secundum *Joann.* et alios dic per sententiam, et secundum hoc dices evacuatio, idem evacuando per querelam: sed primi proprie ponunt

Seine Meinung hatte auch hier, wie in vielen andern Punkten, großen Einfluß auf ſeinen Schüler Azo, der dann wieder ebenſo auf Accurſius einwirkte.

11. Azos († 1220) Meinung hatte bei den ſpätern Juriſten ſo großes Gewicht, daß ſie ſchon deßwegen eine genauere Darlegung nöthig macht. Bei ihm zeigt ſich ſchon ein großes Schwanken und Inconſequenz. So bezieht er zwar die Novelle auf das ganze alte Recht, ſcheut ſich aber vor der Durchführung dieſer Beziehung, lenkt daher wieder ein, und läßt das alte Recht ſo viel möglich doch noch gelten. Er geht beſonders davon aus, die Form der Ausſchließung ſei durch die Novelle neu beſtimmt worden. *Rite* werde ſie gemacht, wenn die Urſache derſelben im Teſtament angeführt ſei, *non rite*, wenn man das unterlaſſe. In dieſem Falle ſei die Erbeinſetzung immer nichtig, in jenem ſei ſie gültig. Im Ganzen iſt das allerdings richtig; nur darf man die Sache nicht zu ſehr blos von der formellen Seite betrachten. Es war Juſtinian vielmehr um den

---

sc. ipso jure. *Acc.*« Daß Accurſius ſelbſt ſich hierin ſo irren konnte, wäre auffallend. Vielleicht iſt ein andrer Joannes (Sarisberiensis?) gemeint. Vg. *Baldus* sup. Cod. ad auth. Non licet. Lugd. 1551. p. 82 b.

Digitized by Google

materiellen Unterſchied zu thun, zwiſchen Beifügung eines Enterbungsgrundes und Auslaſſung deſſelben, nach welchem ein falſcher, ungerechter ſo gut wie gar keiner iſt.

Iſt nun irgend eine von den vorgeſchriebenen Urſachen beigeſchrieben worden, ſo kann nach Azo ein ſolches ganz gültiges Teſtament nur durch die Querela inofficioſi umgeworfen werden. So hätte er wenigſtens ganz conſequent behaupten ſollen. Aber da erſcheint gleich wieder das alte Recht, und er mag den Sohn, der *rite* übergangen iſt, doch nicht ganz dem Sohne gleich ſtellen, der *rite* enterbt wurde, rite, d. h. in beiden Fällen adjecta causa. Jenem gibt er daher nur die *bon. possessio contra tabulas*, auch dem Suus nur dieſe, eben weil ein ſolches Teſtament ſeit der Novelle von Anfang an gültig ſei [411].

Dagegen ertheilt er dem rite enterbten Sohne nur die Querela inofficioſi, um das Teſtament umzuſtürzen. Hier ſteht er wieder an, und zweifelt, ob in einem ſolchen Falle die Vermächtniſſe nicht auch

411) *Azon.* Summa Cod.: ad tit. de lib. praet. t. I. p. 819. »Si autem praeteritus fuerit filius *rite* i. e. *inserta causa exheredationis*, tenet testamentum, sed habet filius emancipatus c. t. bon. possessionem, eandem que habet filius suus. *Nec aliter* videtur hodie succedere posse etc.«

untergehen, weil ſie auf der anfangs gültigen Erbeinſetzung beruhten, die jetzt vernichtet wurde: als ob die Novelle ſich nicht hierüber ganz ausdrücklich erklärt hätte, ſowohl bei den Kindern als Eltern [412].

Sind die Ascendenten der väterlichen Linie rite übergangen, ſo haben ſie die c. t. b. p., wurden ſie rite enterbt, die Querel. Dieß iſt auf jeden Fall eine gänzliche Verkennung der Verhältniſſe, da bei Ascendenten, welcher Ausdruck auch viel zu allgemein iſt, ſchon ehemals kein Unterſchied zwiſchen Uebergehung und Enterbung Statt fand. Ascendenten durch die Mutter haben immer die Querel, wenn ſie rite ausgeſchloſſen ſind.

Einfacher dagegen ſtellt ſich die Sache, wenn Kinder oder Eltern ausgeſchloſſen wurden ohne Hinzufügung einer Urſache, alſo *non rite.* Hier iſt die Erbeinſetzung immer *ipso iure* nichtig, die Vermächtniſſe bleiben aber gültig. Inſofern hat Azo rei-

---

412) Summa Cod. l. c. et tit. C. de inoff. test. S. 260. Hier vertheidigt er zuerſt die Nichtigkeit der Vermächtniſſe; dann fühlt er aber wieder die Schwierigkeiten, und fährt fort: »vel dic, *ut plerique dicunt indistincte, praestari legata*, irrito testamento per querelam vel ipso jure.« Nur die erſtere Meinung Azo's führt *Bartolus* an super Cod. ad auth.: Ex causa, und berichtet, daß auch *Hugolinus* ſie mit ihm getheilt habe.

Digitized by Google

nes Ausſchließungsſyſtem angenommen, und gibt ſelbſt dem emancipirten Sohne, der non rite präterirt wurde, keine b. p. c. t., ſondern läßt ihn unmittelbar ab intestato ſuccediren [413]).

12. Accurſius († 1260) ſcheint der Anſicht ſeines Lehrers Azo im Ganzen gefolgt zu ſein. In Rückſicht auf den Unterſchied, der zwiſchen Nichthinzufügung einer Urſache und Anführung einer unwahren Statt finden ſoll, iſt dieß gewiß. Auch er ließ in jenem Falle das Teſtament nothwendig und unmittelbar nichtig ſein, in dieſem dagegen durch die Querel erſt umwerfen. Ob er aber nicht mehr als ſein Vorgänger zu dem Enterbungsſyſtem ſich hingeneigt habe, kann ich nicht mit Gewißheit behaupten, doch iſt es nicht ganz unwahrſcheinlich [14]). Ueberhaupt ſind die

---

413) »Et hic emancipatus olim erat bon. possessor: scilicet hodie succedit per constitutiones, ut heres ab intestato.« Summa C. cit. l. c. Vg. überhaupt noch ad tit. Unde legitimi l. c. S. 799. und tit. de bon. poss. c. t. S. 796. tit. de post. hered. inst. S. 851. Commentar: ad Cod. tit. de inoff. test. L. 13. et L. 15. S. 304. 305. ad L. 22. S. 307. ad auth.: Ex causa S. 734.

14) Gl. Nominatim et Nullum Nov. 115. c. 3. pr. §. ult. Gl. Non licet et Parenti ad auth. Non licet. Gl. Ex causa ad auth.: Ex causa Gl. Pro virili ad §. ult. J. de inoff. test. Gl. Inter ceteros §. 1. et Gl. Mater §. ult. J. de exher. lib.: *Alciat.* ad L. 7. D. de lib.:

Digitized by Google

Vulgarglossen, welche hieher gehören, ſehr verwirrt, und widerſprechen ſich gegenſeitig. Mehre von ihnen, die indeß etwas neuern Urſprungs zu ſein ſcheinen, und offenbar von den ſpätern Scholaſtikern herrühren, beſchränken die Wichtigkeit der Novelle ſehr bedeutend, und beziehen die Präteritio derſelben nicht auf die alte der Kinder des Vaters [415].

So ſehn wir, daß bis dahin die meiſten Gloſſatoren dem Ausſchließungsſyſtem huldigten, freilich von Anfang an reiner als ſpäter. Die blos natürliche und praktiſche Anſicht ſcheint zwar auch den letztern noch unverwerflich, aber ſie wußten nicht, was ſie mit dem alten Recht, das noch ſo viele Spuren in den Quellen übrig gelaſſen hatte, und viel reicher und genauer behandelt war, als das neuſte, anfangen ſollten. Die hiſtoriſche Entwicklung begriffen ſie nicht, und ſo erklärt es ſich, wie ſie immer mehr auch jenen eine gewiſſe Anwendung verſchaffen wollten. Iſt aber hier einmal etwas nachgegeben, und die Conſequenz geſtört, ſo kommt man immer weiter. So ging es denn auch hier, wie wir gleich ſehen werden.

---

et post. behauptet von Joannes und Franciscus Accurſius, Vater und Sohn, daß ſie ſich dem Enterbungsſyſtem ergeben haben.

415) Vg. Gl. Irritum Gl. Cetera ad auth. Ex causa. Gl. Noluit ad Nov. 1 c. 1. Gl. Nihil deberi ad c. 1. C. de postum.

In Hinſicht der Rechtsmittel herrſchte anfangs ziemlich allgemein das Nullitätsſyſtem; darauf folgte das gemiſchte Syſtem, welches durch Azos und Accurſius Einfluß unterſtützt jenes faſt ganz verdrängte, und lange Zeit bevorzugt wurde. Das reine Inofficioſitätsſyſtem zeigt ſich nur in ſeltnen Spuren.

§. 31.

In dem Zeitalter der Scholaſtiker, das nach Accurſius beginnt, und wozu er eigentlich ebenfalls ſchon gehört, zeigt ſich eine ſehr große Verwirrung und Vermengung aller möglichen Meinungen. Wir finden weder reines Enterbungs- noch Ausſchließungsſyſtem, ſondern ein wunderliches Gemiſche von beiden, das man wohl mit Recht das bunte Syſtem nennen kann.

13. Odofredus († 1265) hatte Enterbungs- und gemiſchtes Syſtem. So ſchrieb er über das Wort praeteritionis in unſrer Auth. Ex causa, als Interlinearglosse: sc. factae a matre [416]).

14. u. 15. Jacobus und Petrus de bella Pertica bezogen dagegen die Präteritio auch auf

416) *Odof.* Lectura sup. Cod. S. 383. *Cynus* sup. Cod. ad auth. cit.

den Sohn des Vaters: jener nahm überdieß noch das Nullitätsſyſtem an [417].

16. Cynus de Piſtorio († 1336) Schüler des Dynus hat A. S. In Rückſicht auf die Rechtsmittel dagegen will er vom alten Recht nicht abweichen. Weſentlich ſei jetzt bei jedem Teſtament, worin jemand ausgeſchloſſen werde, die Beifügung einer Urſache, ſo ſehr weſentlich, daß ſelbſt Geſchwiſter nicht anders gültig ausgeſchloſſen werden können. Fehlt ſie, ſo iſt die Einſetzung ipso jure nichtig; iſt ſie vorhanden, ſo ſteht die Querela inofficioſi zu. Immer aber, ſelbſt bei den Geſchwiſtern, bleiben die Vermächtniſſe gültig. Aber auch die alten Rechtsmittel bleiben. So hat der emancipirte Sohn, wenn er ohne hinzugeſetzten Grund übergangen iſt, die Wahl, ob er das Teſtament als nichtig anſehn, oder aber die c. t. b. p. fordern will. Etwas Aehnliches haben wir ſchon oben bei Wilhelmus gefunden. Allein daß dieß unmöglich ſei, iſt leicht einzuſehn. Iſt das Teſtament wirklich ipso jure nichtig, ſo kann keine b. p. c. t. gegeben werden, da ſie ein gültiges Teſtament vorausſetzt. Allerdings fand zwar nach altem Recht eine ſolche Möglichkeit Statt, indem der suus praeteritus zwiſchen ihr und der hereditatis petitio die Wahl

417) *Cyn.* a. a. O. *Baldus* in Cod. ad auth. Non licet. S. 826.

hatte. Allein das prätoriſche Recht ſtand in einem ganz andern Verhältniß zum alten Civilrecht, als zum Juſtinianiſchen. Gegen jenes bildete es einen Gegenſatz, und war der Zeit nach jünger als jenes. Das Juſtinianiſche neuſte Recht aber ſteht über beiden, und weiß von dem Gegenſatz nichts mehr, den es vielmehr in ſich vereinigte. Verordnet es daher Inteſtaterbfolge, ſo kann das prätoriſche Recht nicht eine teſtamentariſche ertheilen.

Iſt der Emancipirte aber mit beigefügtem Grund übergangen, ſo hat er zwiſchen der Querela inoff. und der b. p. c. t. die Wahl, was ſchon der Natur der erſtern Klage widerſtreitet, die blos im Nothfall in Ermanglung anderer Rechtsmittel ertheilt wird [418]).

17. Bartolus de Saxoferrato († 1356) hat ebenfalls das A. S., aber wo möglich ein noch bunteres als Cynus. Da er ganz beſonderes Anſehn genoß, und ſeine Meinung damals überhaupt ſehr verbreitet geweſen zu ſein ſcheint, iſt es nicht unzweckmäßig, eine kurze Ueberſicht von dieſem Syſtem zu geben. Zugleich ergibt ſich daraus die große Verwirrung, welche daraus entſtehen muß [19]).

---

418) *Cynus* sup. Codice Venet. 1493 ohne Seitenzahlen. ad auth. Es causa.

19) *Bart.* super Codice Lugd. 1542. Vg. beſ. den Commentar zur Auth. Ex causa.

A. Descendenten 1) vom Vater und der väterlichen Seite her. a) Waren ſie in der Gewalt, und wurden übergangen, ſo iſt das Teſtament immer nichtig, ſo weit die Erbeinſetzung geht. Zugleich ſo haben ſie auch c. t. b. p. Sind ſie enterbt ohne Urſache, ſo haben ſie hereditatis petitio ab intestato und c. t. b. p.; mit beigefügter Urſache, ſo ſteht ihnen nur die Querela inoff. zu.

b. Iſt der Emancipirte vom Vater enterbt, ſo findet daſſelbe Statt wie beim Suus. Iſt er aber übergangen, und zwar ohne angegebenen Grund, ſo kann er das Teſtament als nichtig anſehn, oder c. t. b. p. verlangen; mit angeführtem Grund, ſo kann er nicht, wie der Suus, das Teſtament als nichtig betrachten, ſondern bedarf der c. t. b. p.

2. Descendenten von der Mutter und der mütterlichen Seite her haben immer dieſelben Rechtsmittel, mögen ſie übergangen oder enterbt ſein, nämlich hereditatis petitio ab intestato, wenn kein Grund, Querela inoff., wenn einer beigefügt iſt.

B. Ascendenten. 1) Der Vater und väterliche Ascendenten werden a) von ihren Kindern in der Gewalt, die über ihr peculium castrense oder quasi castrense teſtirten, übergangen, oder enterbt ohne Urſache. Dann fällt die Einſetzung von ſelbſt zuſammen. Werden ſie mit beigefügter (falſcher)

Urſache übergangen, ſo haben ſie hereditatis petitio ab intestato, enterbt, ſo ſteht ihnen die Querela inofficioſi zu. Es iſt nicht leicht möglich, mehr Irrthümer auf einen eben ſo kleinen Raum zuſammen zu drängen.

b) Daſſelbe gilt, wenn ſie von emancipirten Kindern ausgeſchloſſen werden, mit dem Unterſchied, daß ſie von dieſen mit Hinzuſetzung des Grundes übergangen die c. t. b. p. und nur dieſe haben.

2. Die Mutter und mütterliche Ascendenten werden ausgeſchloſſen mit beigefügtem Grund, dann haben ſie die Querel; — ohne ſolchen, dann ſteht ihnen hered. petit. ab intestat. zu.

In allen dieſen bisher angeführten Fällen werden die Vermächtniſſe immer ausbezahlt.

c) Geſchwiſtern ſteht nie ein anderes Rechtsmittel als die alte Querel zu.

18. Sein Schüler Baldus de Ubaldis († 1400) hat ebenfalls Ausſchließungs- und gemiſchtes Syſtem, mit eben ſo bunter Miſchung der mannigfaltigſten Rechtsmittel, wie Bartolus [420].

§. 32.

19. Wie in der Geſchichte der Rechtswiſſenſchaft

---

420) *Baldus Perus.* in Cod. lib. praelect. Lugd. 1551. fol. 83—85.

überhaupt, ſo beginnt auch in unſrer Lehre mit dem Mailänder Alciati († 1550) eine neue Epoche. Er vertheidigt namentlich das reine Enterbungsſyſtem eifrig, und läßt auch die Vermächtniſſe untergehen, wenn im Teſtament ein Kind präterirt iſt. Ueberhaupt hält er das alte Recht ſo viel wie möglich aufrecht, und will blos die alten Rechtsmittel gelten laſſen [421]). Auf ähnliche Weiſe läugnet er auch, daß die Novelle 118 den Unterſchied zwiſchen Emancipati und Sui aufgehoben, und den erſten ein civiles Inteſtaterbrecht gegeben habe [22]).

20. Sein Schüler Connanus († 1551) hat dagegen wieder die noch herrſchende gemeine Meinung des Ausſchließungsſyſtems angenommen, obgleich er die alten Rechtsmittel fortdauern läßt, beſonders auch die Querela inoff. [23]).

21. Daſſelbe gilt auch von Duarenus († 1559) [24]).

421) *Alc.* Opera Francof. 1617. Vg. beſ. ad L. 7. D. de lib. et post. t. I. p. 437. sq. und ad tit. C. de c. t. b. p. t. III. p. 417. Parerga Jur. IV. 9. t. IV. p. 330.

22) Parad. III. 10. t. IV. p. 59.

23) *Conn.* Comment. J. C. Basil. 1562. IX. c. 9. S. 1018. c. 10. S. 1033.

24) *Duar.* Opera Francof. 1598. Comm. in tit. D. de inoff. c. 3. S. 174 — in tit. D. de inj. rupto c. 2. S. 365.

Digitized by Google

22. Entſcheidenden Einfluß auf die Anſichten der ſpätern Theoretiker hatte vorzüglich Cujas (†1590). Er behauptete kühn, die ganze Novelle ſpreche blos von dem testamentum inofficiosum, ſtelle zu dieſem Zweck die Enterbungsgründe zuſammen, und lege deren Beweis dem Erben auf, welcher durch die Querela inoff. belangt werde. Im Uebrigen gelte das alte Recht ungeſchmälert fort, und die Uebergehung des Sohnes zerſtöre das ganze Teſtament mit allen Vermächtniſſen. Zu dieſer Anſicht mochte wohl ſeine freilich ſehr gerechte Liebe zum klaſſiſchen Rechte der Römer nicht wenig beigetragen haben [425].

23. Der berühmte Gegner dieſes großen Mannes Hugo Donellus (†1591) ſchwankte auf ähnliche Weiſe, wie einſt Cynus zwiſchen E. S. und A. S. Er bezieht nämlich die Novelle von Anfang an auf alle Kinder, und jede Ausſchließung. Die Vermächtniſſe bleiben immer gültig, auch bei Geſchwiſtern. Dagegen beſtehn ſämmtliche alte Rechtsmittel in ihrem alten Umfang, Nichtigkeit, contra tab. possessio, Querela inoff. Hätte Doneau den hiſtoriſchen Gang der Lehre beſſer erkannt, und namentlich eingeſehn, wie das alte Präteritionsrecht blos formel war, und

---

425) *Cuj.* ad Nov. 18. und Comment. in L. 3. de lib. et post.

Digitized by Google

mit dem Pflichttheil auf keine Weiſe zuſammen hing, ſo hätte er gewiß unſre Anſicht ſchon völlig gebilligt. Aber er dachte ſich auch das alte Recht als Strafe für die Ausſchließung von der Erbſchaft, und glaubte, ſie müſſe noch fürder beſtehn, da ſie dem Sinne der Novelle, die das Recht der Kinder nicht verſchlimmern ſondern verbeſſern wolle, nicht entgegen ſei, und von ihr nicht ausdrücklich aufgehoben werde. Dann bezog er auch die aufgezählten Gründe immer zu ſehr auf die Enterbung, obgleich ſie Juſtinian auch *causae praeteritionis* nennt. Uebrigens nennt auch er das N. S. als herrſchende Anſicht, nicht das von ihm vorgezogne J. S. [426]).

24. Eine ähnliche Anſicht hat Giphanius († 1604). A. S. und J. S. Die Querela inofficioſi ſteht nach ſeiner Meinung jetzt allen Kindern auch den Präterirten zu, daneben aber ebenfalls die alten Rechtsmittel. Wollte man nun ſubtil ſein, ſo würde freilich durch Präterition des Suus das ganze Teſtament nichtig. Allein wie der Prätor manches, das nach ſtrengem Recht nichtig war, aufrecht erhalten

---

426) *Donelli* Comment. de J. C. VI. c. 11 — 15. in der Ausg. v. Bucher T. III. p. 374 — 386. und Comm. ad Auth. Non licet in Opp. (ed. Luc.) T. IX. p. 303. sq.

habe, ſo müſſen es auch, meint er, die Juriſten im Sinne Juſtinians thun 427).

25. Anton Faber († 1624) E. S. und wahrſcheinlich auch J. S. Gegen die Praxis laſſe ſich jenes aber nicht durchführen 28).

26. Bachovius († 1640) hat im Ganzen A. S. und G. S. 29).

27. A. Vinnius († 1657) vertheidigt Cujas Meinung mit großem Eifer. Er ſtützt ſich auch beſonders darauf, daß wenn das Teſtament ipso jure nichtig würde, Juſtinian nicht blos für die Kinder ſondern für fremde Inteſtaterben geſorgt hätte, was nicht in ſeiner Abſicht lag. Gegen unſre relative Nichtigkeit ſpricht dieß natürlich gar nicht. Abrr auch wer die abſolute annimmt, kann entgegnen, daß die Inteſtaterben doch nie ganz fremde Perſonen ſeien, zumal im Vergleich mit den eingeſetzten Erben 30).

---

427) *Giph.* Explanatio Cod. Colon. Plauc. 1615. ad auth. Non licet. t. II. p. 69—76.

28) Conject. Col. Allob. 1630. L. IX. c. 14. p. 301. ff. Er erwähnt hier, daß er ſeine Anſicht an einem andern Ort gegen Bartolus entwickelt habe, den ich aber nicht habe finden können.

29) *Bach.* Notae ad Disput. Treutleri. Col. Agripp. 1653. t. I. p. 146 sq.

30) *Vinn.* Inst. Comment. Amstel. 1665. p. 383. sq. *Ejusd.* sel. jur. quaest. L. II. c. 20.

Digitized by Google

28. Jac. Conſtantinäus ein Zeitgenoſſe des vorigen ſcheint dagegen wieder A. S. zu haben 431).

29. Jac. de la Lande Zeitgenoſſe und Landsmann des letztern hat E. S. und J. S. 32).

30. Jo. Brunnemannus († 1672) hat A. S. und G. S., welches er auch als die gemeine Meinung anführt 33).

31. Der Spanier Fernandez de Retes († 1678) ſcheint Donellus Meinung gebilligt zu haben 34).

32. Ulr. Huber († 1694) E. S. und J. S. Allein die c. t. b. possessio ſei durchaus nicht mehr praktiſch: und daher (?) mache der präterirte Emancipatus das Teſtament ganz nichtig, wie der Suus 35).

33. Sam. Stryk († 1710) A. S. — G. S. Die

---

431) Subt. Enodat. in *Ottonis* Thes. J. t. IV. p. 543.

32) in tit. 28. lib. VI. de lib. praet. vel exh. in *Meerm.* Thes. t. IV. Vg. beſ. S. 899. 900.

33) Comment. in Codic. ad Auth. Ex causa et Nonlicet. Lips. 1668. p. 725. sq.

34) Advers. de b. p. c. t. in *Meerm.* Thes. t. VI. p. 489 sq. Vg. beſ. p. 537. Er berührt das neuere Recht nur im Vorbeigehn.

35) Praelect. jur. civ. Francof. 1749. L. XXVIII. t. 2. beſ. p. 1275. sq.

c. t. b. p. kann noch vorkommen, iſt aber nicht mehr nothwendig [436]).

34. Ger. Noodt († 1725) E. S. — J. S. [37]).

35. Lucas van de Poll E. S. — J. S. [38]).

36. Jo. Averanius († 1738) E. S. — J. S. [39]).

37. Corn. van Bynkershoek († 1743) J. S. [40]).

38. A. Leyser († 1752) A. S. — J. S. Durch Agnation des Poſtumus ſoll das ganze Teſtament zu Grunde gehn, wenn anders der Vater ihn nicht abſichtlich ausſchloß [41]).

39. Sam. de Cocceji († 1755) E. S. doch mit Hinneigung zum A. S. — G. S. [42]).

40. Pothier († 1772) ſcheint Cujas gefolgt zu ſein [43]).

---

436) Usus mod. Halae 1730. V. 2. t. I. p. 467. sq. beſ. p. 472. XXXVII. 2. t. III. p. 1093 sq.

37) Opera Lugd. Batav. 1724. t. II. p. 159—160. 168. 173.

38) De exhered. et praeterit. Rom. atque hodierna. Ultraj. 1712. Bg. beſ. §. 20—23.

39) Interp. Jur. Lugd. Bat. 1753. L. I. c. 10. t. I. p. 123. L. IV. c. 11. t. II. p. 610.

40) Observ. II. 12. Opera. t. I. p. 47.

41) Meditat. ad Pand. t. V. Lips. 1744. Spec. 359. 7). 361. 18).

42) Jus. civile controv. Lib. V. t. 2. XXVIII. 2.

43) Pandectae Lugd. 1782. ad V. 2. t. I. p. 188. 193. ad

Digitized by Google

41. Joſeph Fineſtres et de Monſalvo († 1777) E. S. — J. S. [444]).

42) Höpfner († 1797) E. S. doch mit ſehr großer Ausdehnung, und auf der andern Seite die Fälle der Uebergehung ungemein vermindernd. G. S. [45]).

43. Schneidt A. S. Was das Rechtsmittel betrifft, ſo nannte er es condictio ex lege (novella 115). Ob er von der formellen Beſchaffenheit dieſer Condictio eine deutliche Vorſtellung hatte, möchte ich bezweifeln. Auf jeden Fall iſt ſie nach ſeiner Anſicht nicht viel anders, als unſre hereditatis petitio ab intestato [46]).

44. Du Roi. E. S. [47]).

45. Hofacker († 1793) hält die Novelle 115

XXXVII. 4. 5. t. II. p. 560. 567 sq. 572. ad XXVIII. 2. t. II. p. 179. 184.

444) Praelect. ad tit. D. de lib. et post. Cervariae 1750. P. III. c. I. n. 4. sq. — Praelect. ad tit. D. de inoff. test. Cerv. 1752. c. 8. n. 17. sq. c. 12. n. 1. sq.

45) Commentar zu den Hein. Inſt. 8te Aufl. §. 525—28. S. 424 ff.

46) Ab Eckhardt (praeside *J. M. Schneidt*) Diss. de quer. inoff. int. par. et lib. exule. Würzb. 1778.

47) J. Amberg. (praes. *J. M. Du Roi*) Diss. de test. ob exhered. sine elogio factam non i. j. nullo. Helmst. 1780.

Digitized by Google

für nicht viel mehr als einen bloßen Catalog der Enterbungsgründe [448]).

* 46. Haubold († 1824) E. S. — G. S. [49]).

47. Weſtphal († 1793) E. S. — J. S. [50]).

48. Stein ſuchte die Anſicht ſeines Lehrers Glück in einer beſondern Abhandlung, die eben nicht ſehr zu empfehlen iſt, darzuſtellen, E. S. J. S. [51]).

49. Koch E. S.—J. S. Er unterſcheidet zwiſchen Enterbung und Uebergehung nach alter Form, wo das alte Recht fortwirke, und Enterbung und Uebergehung nach neuer Form, welche noch zu jener hinzukommt, und wo dann die Novelle 115 eintritt. Das J. S. nennt er das theoretiſche, das N. S. das praktiſche, weil dieſes in der Praxis vorherrſche [52]). Natürlicher Weiſe iſt es aber auch hier, wie überall in der Jurisprudenz, daß Theorie und Praxis Hand in Hand gehn müſſen, und ſich nur

---

448) F. Nicole (praes. *Hofacker*) diss. sist. hist. jur. de exhered. Tubingae 1782.

49) Diss. inaug. de differ. inter test. nullum et inoff. Lips. 1784. Vg. p. XXXII. ad fin.

50) Theorie des N. R. von Teſtam. Leipz. 1790. §. 549. 1009.

51) Verſuch einer theoretiſch-prakt. Abh. üb. die Lehre von pflichtw. Teſt. Erlangen 1798.

52) Bon. Poss. S. 135—144. 435.

widerſprechen, wenn eine von beiden Unrecht hat. Sie ſollen ſich wechſelſeitig durchdringen, und eigentlich ihrem innern Weſen nach daſſelbe ſein. Eine merkwürdige Erſcheinung bleibt es indeſſen, daß die Praxis Jahrhunderte hindurch ihre in den Hauptſachen richtige einfache Anſchauung unſrer Lehre im Gegenſatz ſelbſt mit den ausgezeichneteſten Theoretikern behauptete, und ſich durch dieſe nicht irre machen ließ.

50. Schrader ſchreibt in ſeiner oft angeführten Abhandlung der Novelle ſo wenig Wirkung als möglich zu.

51. Glück hält das E. S. theoretiſch für das richtige, neigt ſich aber doch wieder zum A. S. Für das J. S. erklärt er ſich erſt ſchwankend, dann entſchieden [453]).

52. Schömann ſuchte das N. S. pſychologiſch zu bekämpfen. Unſre Theorie wird aber dadurch nicht afficirt. Er ſelbſt hat J. S. mit Hinneigung zum A. S. [54]).

53. Hugo E. S. — J. S. [55]).

---

453) Erläut. d. Pand. Erlangen 1804. B. VII. S. 321—333, beſ. S. 327. S. 335 ff. 347. 396.

54) Handb. des Civilrechts. Gießen 1805. B. I. Abh. 4.

55) Lehrb. des heutigen R. R. Berlin 1820. §. 191.

Digitized by Google

54. Gans A. S., ähnlich wie Doneau. Wenn gleich die c. t. b. p. noch fortdaure, werde ſich doch, meint er, niemand derſelben mehr bedienen. Warum ſollte man dieß nicht? Sie iſt ja meiſtens vortheilhafter für den Sohn, als das Recht der Novelle. Dann nimmt er an, der Kaiſer könne durch ſeine civile Geſetzgebung kein prätoriſches, ſondern nur civiles Recht aufheben, als ob er nicht über beidem ſtände, zumal der Gegenſatz zu Juſtinians Zeit längſt erſtorben war. N. S. 456).

55. Valett hat E. S. und J. S. Seine Abhandlung iſt brauchbar als Materialienſammlung, und enthält ſonſt einiges Gute. Von hiſtoriſcher Entwicklung unſrer Lehre ſcheint der Verfaſſer keinen Begriff zu haben: aber auch die ſyſtematiſche Ordnung iſt durchaus nicht lobenswerth 57).

56. Mühlenbruch ſcheint das E. S. aber mit Hinneigung zum A. S. und G. S. vorzuziehn 58).

57. Hartitzſch E. S. — J. S. 59).

---

456) Scholien z. Gajus. Berlin 1821. S. 294 ff. S. 326. Erbrecht. 1825. B. II. S. 137—141.

57) Das Notherbenrecht. Göttingen 1826.

58) Doctrina Pand. Halis 1827 §. 584.

59) Das Erbrecht, nach Haubold. Leipz. 1827. S. 115—123. Dieß Buch iſt überhaupt ſehr mittelmäßig, und unwürdig mit Haubolds Namen zu prangen.

Digitized by Google

58. Wening-Ingenheim E. S. — N. S. [460]).

59. Thibaut E. S. doch ſehr gemildert. N. S. [61]).

60. Geßners mehrfach erwähnte Abhandlung iſt für das alte Recht zwar ſehr unbedeutend, enthält dagegen für das Recht der Novelle viel Vortreffliches, und gehört zu dem beſten, was je über dieſen Gegenſtand geſchrieben worden iſt. A. S. — N. S. [62]).

61. Mackeldey E. S. ähnlich wie Thibaut und J. S. [63]).

Zum Schluß ſei es mir noch vergönnt beizufügen, daß auch Savigny in ſeinen Vorträgen A. S. und N. S. lehrt. Leider kenne ich aber nur die allgemeinſten Umriſſe ſeiner Anſicht, da er ſchon ſeit Jahren über Erbrecht keine beſondern Vorleſungen gehalten hat: gewiß mit ein Grund, warum bis jetzt verhältnißmäßig ſehr wenige gute Schriften über Gegenſtände des Erbrechts erſchienen ſind.

---

460) Lehrbuch des gem. Civilrechts. Münch. 1828. §. 497. 498.
61) Pandektenſyſtem. Jena 1828. §. 819.
62) Observ. de jure succ. ex Nov. 115. Basil. 1828.
63) Lehrbuch des R. R. Gießen 1829. §. 661.

Gedruckt bei C. F. Thormann in Bonn.

Digitized by Google

Digitized by Google

de la Haye

Digitized by Google

Digitized by Google